

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

BRUNO PEREIRA MARQUES

**RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS PELA
EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA QUANDO DO
RESULTADO DESFAVORÁVEL DA DEMANDA**

VITÓRIA
2015

BRUNO PEREIRA MARQUES

**RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS PELA
EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA QUANDO DO
RESULTADO DESFAVORÁVEL DA DEMANDA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do
Estado do Espírito Santo – UFES como parte dos
requisitos para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues.

VITÓRIA
2015

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

M357r Marques, Bruno Pereira, 1985-
Responsabilidade pelos danos causados pela efetivação de
tutelas de urgência quando do resultado desfavorável da
demanda / Bruno Pereira Marques. – 2015.
203 f. : il.

Orientador: Marcelo Abelha Rodrigues.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direito processual. 3. Tutela.
4. Medidas cautelares. 5. Risco (Direito). I. Rodrigues, Marcelo
Abelha. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de
Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

BRUNO PEREIRA MARQUES

**RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS PELA
EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA QUANDO DO
RESULTADO DESFAVORÁVEL DA DEMANDA.**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 01 de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues.

Professor Dr. Flávio Cheim Jorge

Professor: Dr. Dr. Thiago Felipe Vargas Simões

AGRADECIMENTOS

À minha família, que me apoiou não só para a realização do presente trabalho, mas também em todos os momentos da minha vida, e dando-me confiança para perseguir meus objetivos.

Aos meus amigos, o suporte para os momentos de descanso necessários à reflexão.

Aos companheiros de mestrado, sempre uma fonte de conhecimentos.

Ao meu orientador, que sempre se mostrou prestativo e me deu o privilégio de compartilhar seu conhecimento.

RESUMO

A análise da responsabilidade pelos danos causados pela efetivação de tutela de urgência quando do resultado desfavorável da demanda impõe, necessariamente, em uma inicial análise sob a perspectiva constitucional. Verifica-se, pois, que tal perspectiva ilustra a ideia de tutela de urgência, sob a ótica de efetividade, e da responsabilidade civil, sob a ótica de preservação patrimonial e socialização de riscos. A responsabilidade civil tem guarida ainda, em seu aspecto infraconstitucional, em uma ampla reparabilidade de danos, fundada na vedação de se causar danos a outrem. Se antes tinha seu foco na punição a condutas causadoras de danos, fortemente destacadas pela adoção de “filtros”, modernamente vem ganhando força o enfoque voltado à reparação de danos em si considerada, restringindo a limitação decorrente da exacerbação de seus pressupostos (em especial a culpa e o nexo de causalidade). Por seu turno, e a despeito da semelhança existente, a responsabilidade processual ganha autonomia em relação à responsabilidade civil, possuindo elementares e pressupostos próprios, ainda que assemelhados, sendo marcante que seus efeitos são sentidos perante a relação processual. Já as tutelas de urgência surgem como instrumento a serviço de seu postulante na “briga” contra os efeitos deletérios do tempo, sendo a mais destacada modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, concedida com base em juízos sumários acerca dos requisitos autorizadores de sua concessão (o perigo da demora) e da técnica de diferenciação da tutela ordinária adotada (restrição da cognição). Contudo, se de um lado confere um benefício a quem a postula, impõe ao requerido a possibilidade de sofrer danos. Nessa linha, a teoria do risco processual aparece como principal sustentáculo da responsabilidade processual objetiva em caso de improcedência da demanda, sendo possível também invocar a regra geral de responsabilidade civil objetiva no tocante a atividades que impliquem em risco a outrem, bem como destacar a similitude entre efetivação da tutela de urgência e o cumprimento provisório de sentença e a necessidade de tratamento semelhante no tocante à responsabilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade processual. Tutela de Urgência. Risco processual. Responsabilidade por danos causados pela efetivação de tutelas de urgência.

ABSTRACT

The analysis of liability for damage caused by the execution of injunctive relief when the demand is dismissed necessarily imposes an initial analysis from the constitutional perspective. Observes, therefore, that such a perspective illustrates the injunctive relief idea, in the effectiveness of optics, and liability from the perspective of heritage preservation and sharing of risks. The liability is based also on your infra-constitutional aspect, in a wide damage repairability, based on the prohibition to cause damage to third parties. Where once had its focus on punishing the conduct which cause damage, strongly highlighted by the adoption of "filters", modernly has been gaining strength the focus aimed at damage repair itself considered restricting limitation resulting from the exacerbation of their assumptions (especially fault and causation). In turn and in spite of the similarity, the procedural liability gains autonomy from civil liability having own assumptions, although similar, being remarkable that its effects are felt in the procedural relationship. The injunctive relief appear as instrument at the service of his postulant in the "fight" against the deleterious effects of time, the most prominent form of differentiated legal protection granted based on summary judgments about the authorizers requirements of its concession (the risk of the delay) and the adopted technique of differentiation of ordinary guardianship (restriction of cognition). However, if on the one hand provides a benefit to whom postulates, it imposes to the defendant the possibility of suffer damage. In this sense, the procedural risk theory appears as the main support of the objective procedural responsibility in case of rejection of the demand, being possible also invoke the general rule of objective civil liability with regard to activities involving risks to third parties, as well as highlight the similarity among injunctive relief execution and the provisional enforcement and the need of similar treatment concerning the liability.

Keywords: Civil liability. Procedural civil liability. Injunctive relief. Procedural risk. Liability for damage caused by the execution of injunctive relief.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DOS INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE E DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	12
1.1 A RESPONSABILIDADE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
1.1.1 A RESPONSABILIDADE E O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	15
1.1.2 A RESPONSABILIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	18
1.1.3 A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO.....	21
1.2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	25
1.2.1 A EFETIVIDADE DO DIREITO DE AÇÃO POR MEIO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	29
1.2.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA	36
1.2.3 A GARANTIA DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA	39
1.2.4 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA	44
1.2.5 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE TUTELLAS DE URGÊNCIA.....	49
2 ASPECTOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	54
2.1 FONTES DA RESPONSABILIDADE	55
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	57
2.2.1 O DANO	58
2.2.1.1 O dano patrimonial.....	63
2.2.1.2 O dano extrapatrimonial.....	66
2.2.1.3 Outros danos	70
2.2.2 A CONDUTA DANOSA.....	72
2.2.3 O NEXO DE CAUSALIDADE	76
2.2.3.1 Teorias do nexo de causalidade.....	78
2.2.3.2 O nexo de causalidade no atual momento.....	81
2.2.3.3 Excludentes do nexo de causalidade	82
2.2.4 O ELEMENTO VOLITIVO	86
2.3 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	90
2.3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	90
2.3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.....	94
3 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL.....	99
3.1 A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL	99
3.2 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PROCESSUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL ..	101
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL.....	105
3.3.1 A QUALIDADE DE PARTE	106
3.3.2 O DANO	108
3.3.3 ATO PROCESSUAL GERADOR DE DANO	112
3.3.4 NEXO DE CAUSALIDADE	115
3.3.5 O ELEMENTO VOLITIVO	118
3.4 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE PROCESSUAL.....	119
3.4.1 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL SUBJETIVA.....	120
3.4.2 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA	121
4 ASPECTOS ESTRUTURANTES DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	125
4.1 A RELAÇÃO ENTRE TEMPO E PROCESSO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	125
4.2. TUTELAS DIFERENCIADAS E SEU PAPEL NO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA	130
4.3 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA	134
4.4 PODERES DO JUIZ NAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O PODER GERAL DE CAUTELA E O PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO.....	142
4.5 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....	151
4.5.1 REQUISITO JUSTIFICADOR - <i>PERICULUM IN MORA</i>	151
4.5.2 REQUISITO TÉCNICO - REQUISITO COGNITIVO	154
4.5.3 A AUSÊNCIA DE <i>PERICULUM IN MORA</i> INVERSO: A INFLUÊNCIA DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS NA ANÁLISE DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	158

5 RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS CASOS DE INSUCESSO DA DEMANDA.....	162
5.1 A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS DO PROCESSO.....	162
5.2 A NATUREZA PROCESSUAL DA RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA	164
5.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO ARTIGO 302, I, DO NOVO CPC.	167
5.3.1 O RISCO PROCESSUAL COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA	168
5.3.2. UM DIÁLOGO ENTRE A RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.....	174
5.3.3 EQUIPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA À RESPONSABILIDADE PELO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA	177
5.3.3.1 Fundamentos para a equiparação em sede de responsabilidade entre a tutela de urgência e a execução provisória	177
5.3.3.2 Distinção entre o cumprimento provisório da sentença e a efetivação de tutelas de urgência	180
5.4 A DENOMINADA LIQUIDAÇÃO DOS DANOS	183
CONCLUSÃO.....	186
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	192

INTRODUÇÃO

Um grande dilema existente quando da instauração de uma lide diz respeito à contraposição entre a efetividade esperada da tutela pleiteada e a segurança na concessão dessa tutela. Como forma de privilegiar aquela, mas sem descuidar desta, o Código de Processo Civil fornece às partes instrumentos capazes de garantir que o provimento a ser concedido ao final ainda se mostre útil ao postulante. É sob essa perspectiva que ganham força as tutelas de urgência.

Esses instrumentos processuais têm o foco voltado para o postulante, relegando a um segundo plano aquele que será alvo dessa postulação. Ocorre que, em razão desse enfoque dado, muitas vezes se olvida a posição adversa, ou seja, daquele que sofrerá os efeitos das supramencionadas tutelas antes mesmo de um provimento jurisdicional final.

Não obstante, e até mesmo em razão da limitação da amplitude da cognição perpetrada em tais modalidades, a possibilidade de o postulante, ao final do processo, não fazer jus ao direito que pleiteou é presente. E pior. A concessão da tutela que ao final não se confirmou pode acarretar ao querelado prejuízos de ordem material e moral.

Sob esse ponto de vista, mostra-se imperioso assegurar também ao querelado instrumental suficiente para reparar eventuais prejuízos. Quando insuficiente o mero retorno ao *status quo ante*, busca-se no instituto da responsabilidade civil a tutela necessária à reparação dos prejuízos suportados.

Mostra-se imperativo, portanto, não só garantir que ao autor seja garantido o direito que este entenda que fora violado, mas também sob a perspectiva do demandado, crie-se para esses mecanismos de assegurar proteção contra violação de seu direito ocorrido como decorrência do pedido autoral.

A investigação desses mecanismos ganha relevo na processualística pátria quando se percebe não só um acentuado manejo das tutelas cautelares e antecipatória, mas também quando se percebe a lentidão que certas causas podem tomar, perpetuando, assim, os efeitos da tutela.

Desta forma, com foco no posicionamento doutrinário acerca do tema, o presente trabalho tem por finalidade analisar os fundamentos da responsabilidade objetiva em sede de efetivação de

tutelas de urgência quando do resultado desfavorável da demanda principal, e aferir sua compatibilidade com os preceitos constitucionais e a sistemática da responsabilidade em sede processual.

Tendo tais questões em mente, procurou-se no presente trabalho perpetrar uma melhor aproximação do tema, para então enfrentá-lo de forma sustentada e estruturada.

No primeiro capítulo, serão analisados os fundamentos constitucionais dos institutos da responsabilidade e da tutela de urgência, procurando destacar os elementos que levam à sua conformação atual. Inconteste a força que a Constituição Federal tem sobre as normas infraconstitucionais, de modo que essa primeira observação ganha importância para se firmar as bases iniciais.

Assim, de um lado, serão estudados os fundamentos constitucionais da responsabilidade, perpassando a análise pelo direito de propriedade, mas demonstrando sua evolução a alcançar também influência do princípio da dignidade da pessoa humana e também o processo de socialização do direito.

Já em relação às tutelas de urgência, verificar-se-á a intrínseca relação com o direito de ação, tanto sob a ótica da efetividade quanto da eficiência, tocando também a maneira como a duração razoável do processo auxilia na conformação das tutelas de urgência. Não se deixará de lado, contudo, a perspectiva do réu, que vê mitigado seu direito ao contraditório, finalizando como enfrentar a colisão entre os princípios constitucionais atinentes à espécie.

Adentrando mais especificamente sobre os institutos, no segundo capítulo serão analisados os aspectos basilares da responsabilidade civil no direito pátrio. O primeiro ponto abordado diz respeito aos pressupostos da responsabilidade civil. Iniciar-se-á com o dano, elemento primordial, seguindo-se pelo ato gerador do dano, o nexo de causalidade entre esses dois e, por fim, o elemento volitivo.

Continuando, e seguindo a questão do elemento volitivo, serão analisadas as espécies de responsabilidade que se mostram aplicáveis ao presente trabalho, quais sejam, as que têm como elemento caracterizador justamente a intenção do agente. Assim, serão abordadas a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

O capítulo terceiro será dedicado à responsabilidade processual, aproximando-se do objetivo

deste trabalho. Inicialmente, será destacada a autonomia da responsabilidade processual frente a responsabilidade de direito civil. Em seguida, e na esteira dessa autonomia, serão apresentados elementos que permitam distinguir a responsabilidade processual da responsabilidade civil substancial. Ato contínuo, será a vez de elucidar os pressupostos da responsabilidade processual, para então, abordar as espécies de responsabilidade processual, também classificadas em objetiva e subjetiva.

No capítulo quarto, finalizando a aproximação do objeto do presente trabalho, serão analisados os aspectos estruturantes da tutela de urgência. A primeira abordagem se dará no tocante à relação entre tempo e tutelas de urgência, indicando a finalidade dessa em mitigar os efeitos daquele. Também será abordada a utilização das tutelas de urgência como técnica de tutela diferenciada, com vistas ao papel de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional. Em seguida, serão apresentadas as semelhanças e distinções entre as tutelas de urgência, indicando a razão de poderem ser agrupadas em seu estudo. O ponto a seguir diz respeito aos poderes inerentes à atuação do juiz em sede de tutela de urgência.

Finaliza-se a questão das tutelas de urgência analisando os requisitos para sua concessão, perpassando pelo requisito justificador (perigos decorrente da espera) e requisito técnico (a técnica cognitiva a ser adotada), indicando ainda a tendência à unificação da divisão existente nesse último requisito. Por fim, será investigado se a irreversibilidade dos efeitos é preponderante para a concessão de tutelas de urgência e se pode ser considerado um requisito negativo.

Com esteio nos capítulos antecedentes, o capítulo cinco será dedicado à análise da responsabilidade pela efetivação das tutelas de urgência nos casos de insucesso da demanda principal. O primeiro ponto a ser abordado diz respeito à distribuição dos riscos do processo e como as tutelas de urgência agem nesse particular, modificando a forma e o quantum cada polo processual assume de riscos durante o desenvolvimento do processo. Em seguida, será abordada a natureza processual da responsabilidade pela efetivação de tutelas de urgência, indicando ainda a razão de não ser de natureza material.

Dando continuidade, será analisada a previsão legal da responsabilidade objetiva, conferindo fundamentos para a natureza objetiva dessa responsabilidade e destacando sua constitucionalidade. Outro ponto que merece destaque é a equiparação da efetivação de tutelas de urgência à execução provisória em relação ao tratamento dado pelo legislador em

relação à responsabilidade, apontando ainda os fundamentos dessa equiparação, mas destacando a clara distinção existente entre esses dois institutos. E, finalizando o presente trabalho, será abordada a questão da liquidação dos danos, abordando ainda se efetivamente seria ou não liquidação essa etapa processual.

1 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DOS INSTITUTOS DA RESPONSABILIDADE E DA TUTELA DE URGÊNCIA

No atual estágio de evolução do estudo do Direito, a incursão em qualquer temática impõe que essa se dê sob a perspectiva constitucional, haja vista a importância da Constituição Federal não só como instituidora da ordem jurídica nacional, mas também como reflexo dos ideais defendidos pela sociedade no presente.

A Constituição deixou de ser apenas uma garantia do indivíduo contra o Estado passando a também reguladora das relações interpessoais, por meios dos princípios. Essa transformação só foi possível com o reconhecimento do que Konrad Hesse chamou de Força Normativa da Constituição¹. Sob esse prisma, a Constituição deve ser vista como instrumento diretamente aplicável às relações jurídicas, superando-se a ideia de veiculação de regras meramente programáticas.

A chamada “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*) – consistente na compreensão de que a obediência aos preceitos constitucionais são atos de vontade voltados à proteção do Estado contra o arbítrio², superação da mera vontade de poder – quanto mais consolidada, confere maior força normativa aos preceitos constitucionais, por refletir o ideário da sociedade. Por outro lado, a “vontade de Constituição” e o seu respeito mesmo quando contrário aos interesses particulares do intérprete têm o condão de conferir força à ordem constitucional e, de forma mediata, protegendo a própria ideia de Estado. Nessa esteira, completa Konrad Hesse que:

Constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao

¹ Konrad Hesse, em sua obra “A fora normativa da constituição”, traz os fundamentos que permitem concluir que a Constituição não se trata de mero texto político, mas possui força normativa apontando elementos que indicam sua influência na sociedade e permitem exercer influência também sobre a realidade social, e não apenas na realidade política. (HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.).

² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991. p. 19.

estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido³.

Por retratar (ou tentar retratar) uma concepção dos princípios caros a certa sociedade, a Constituição figura não só como instrumento instaurador da ordem jurídica, mas também como elemento norteador da aplicação das normas jurídicas. Todas devem se conformar com as posições constitucionais, pois, caso contrário, ter-se-ia configurada a discrepância entre a legislação e a sociedade que, em tese, apresentou tal legislação, retirando-lhe carga de legitimidade. Assim:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação⁴.

A normatividade da Constituição, nessa linha, direciona toda a ordem jurídica pátria, gerando efeitos perante todos os ramos do Direito, não sendo diferente do caso do direito processual, mormente quando se constata ser esse o ramo que dispõe sobre como deve o Estado-Juiz exercer sua função de substituição do indivíduo para impor a obediência às normas jurídicas.

Modernamente, a análise das normas e dos institutos de direito processual deve perpassar pela ótica constitucional, impondo uma nova leitura dos tradicionais conceitos. Não que esses sejam abandonados, mas analisar a perspectiva constitucional permite que o processo não se afaste do norte da ordem jurídica pátria. Sobre o tema, Nelson Nery Jr. leciona que:

O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema⁵.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, na mesma linha, afirma que “os métodos tradicionais de interpretação, ainda que auxiliados pelos meios de integração, não podem mais ser avaliados independentemente do Texto Constitucional.”⁶.

Tendo em mente a necessidade da incursão do conteúdo constitucional que reveste e direciona

³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991. p. 20.

⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991. pp. 22-23

⁵ NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009..p 41.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**, vol I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

a interpretação dos comandos normativos – e, no particular, em relação aos institutos da responsabilidade e da tutela de urgência – uma prévia investigação dos fundamentos constitucionais é medida que se mostra de salutar importância.

1.1 A RESPONSABILIDADE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO

Sendo indiscutível a ascendência que a Constituição tem sobre os demais ramos do direito, vislumbra-se no direito civil o maior impacto dessa nova mentalidade. Antes pensado de forma descolada do direito público, sendo chamado, inclusive de “constituição da vida privada”, o direito civil passou a se balizar pelos comandos constitucionais. Verificou-se a mudança de paradigmas para aceitar a aplicação direta dos preceitos constitucionais, que deixaram de ser destinados apenas ao legislador, impondo-lhe deveres negativos que protegeriam o cidadão para incutir a ideia de que os ditames constitucionais também eram destinados à regulação da atividade positiva do cidadão. Desta forma, não mais apenas o código civil e demais legislação ordinária balizariam o comportamento dos indivíduos, mas também a Constituição, que passa a ter papel principal nesta regulação comportamental, só sendo aplicadas as leis civilistas caso não fossem contrárias ao que o legislador constituinte perquiriu.

Esse processo não se deu, contudo, apenas sob uma ótica interpretativa. Percebendo-se de sua função primordial na regulação também das atividades privadas, o Estado passou a incluir na constituição temas que tradicionalmente não guardavam relação com os que se entendiam como essenciais a uma Carta Constitucional, como direitos fundamentais, processo legislativo e organização do Estado. No Brasil, com a constituição de 1988, diversos institutos tipicamente de direito civil foram trazidos ao corpo constitucional, como a família, a sucessão, a propriedade. Também cuidou de reger as atividades econômicas, prevendo intervenção estatal na economia em certas circunstâncias, sob o argumento de preservá-la.

Não obstante, também previu a proteção de setores considerados mais fracos, incumbindo ao legislador ordinário o dever de pormenorizar a proteção aos tido como hipossuficientes, sendo o grupo que mais interesse traz a esse trabalho o dos consumidores.

Essa normatização constitucional é deveras importante aos institutos do direito civil. Entretanto, não cabe à Constituição traçar os aspectos normativos destes temas, tendo apenas consagrado os principais pontos, os quais servem de norteamentos a serem seguidos pelo legislador infraconstitucional. A maior contribuição trazida pela Carta de Outubro não é essa regulação, e sim a veiculação de diversos princípios constitucionais flagrantemente e diretamente incidentes nas relações civilistas.

Por meio destes princípios, o constituinte procurou “humanizar” as relações entre os indivíduos, retirando um pouco da carga patrimonialista e individualista dos diplomas civilistas. No campo da responsabilidade civil não foi diferente, tendo, inclusive, adquirido maior relevância quando observada sua funcionalidade de guardião de direitos muito caros ao constituinte, erigidos à categoria de direitos e garantias fundamentais e até mesmo fundamentos da república. Assim, é possível depreender que a moderna conformação da responsabilidade passa pela Constituição Federal.

1.1.1 A RESPONSABILIDADE E O DIREITO DE PROPRIEDADE

A ideia de responsabilidade sempre foi encarada sob o enfoque do direito privado, sofrendo pouca (ou até mesmo nenhuma) influência das constituições ou cartas políticas com semelhante objetivo, sendo a concepção por de trás da responsabilidade sempre afastada qualquer caráter público. Tal característica não era exclusiva da responsabilidade. Como já destacado, todo o direito privado era visto como descolado do direito público, chegando-se até mesmo à afirmação de ser o código civil a constituição do direito privado.

Essa visão não era à toa. A responsabilidade, desde seus primórdios, esteve intrinsecamente ligada à ideia do direito à propriedade. A reparabilidade dos danos perpetrados por outrem, ou em relação ao que se deixou, injustamente, de incorporar ao patrimônio não teria qualquer sentido sem o subjacente direito à propriedade. Só há que se falar em responsabilidade se houver dano⁷. Por sua vez, para haver dano, mister que, antecedentemente, haja um patrimônio, sobre o qual se exerce o direito de propriedade, a ser reduzido e, enfim,

⁷ A questão acerca do dano e de como é pressuposto primordial para que se possa falar em responsabilidade será melhor delineado em tópico específico.

configurar o dano.

Sem nos aprofundarmos acerca da perspectiva história dessa relação, é possível perceber desde seus primórdios, uma das expectativas que se tinha com a responsabilidade de ordem civil era a manutenção da incolumidade da propriedade, impondo a quem a violasse o dever de recompô-la; ao passo que os atos direcionados ao corpo do agente tinham como objetivo também a dissuasão quanto a futuras práticas.

Tendo sempre uma visão individualista do instituto da propriedade privada, a correlata visão da responsabilidade também incorporava esse ideal. Estabelecendo uma posição individualista do direito de propriedade, a responsabilidade acompanha esse pensamento, como forma de defesa dessa.

Por sua vez, no decorrer do século XX, o conceito de propriedade foi sofrendo grandes transformações. De um lado, reconheceu-se a face social desse direito, afastando o caráter absoluto que era sua marca pela influência do liberalismo. Mas de outro lado, passou a abranger direitos que, a despeito da intangibilidade, também podem integrar o patrimônio do indivíduo. Assim, a cláusula de proteção ao direito de propriedade passou a abarcar um conteúdo mais humanista, não se limitando a conceitos de cunho econômicos.

Nessa linha, com a promulgação da Constituição de 1988, a ideia de propriedade merece ser vista sob outra perspectiva, conferindo-lhe uma matriz principiológica mais robusta, passando a adotar uma direção menos patrimonialista, colocando o indivíduo como elemento-chave para das relações jurídicas – mesmo as relações envolvendo titular do direito e coisa, típica dos direito reais. Essa mudança de paradigmas tem como pano de fundo a despatrimonialização do direito civil, conferido ao homem o posto de centro das relações e irradiador de direitos, pois como lembra Rodrigo Mazzei, é primordial que se a valoração do direito se volte para o ser humano, para que este volte a ser a fonte das preocupações, relegando aos demais valores papel secundário, posto serem extensões daquela fonte⁸.

É possível depreender que a exigência de os institutos nodais do direito civil de cunho patrimonial – tal como o contrato e, principalmente para o presente trabalho, a propriedade – terem de cumprir uma função social confere-lhe força constitucional que reflete no tratamento

⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. **Notas iniciais à leitura do novo Código Civil**, In ARRUDA ALVIM; THEREZA ALVIM (coord.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005. V.1. p. CXXXI

infraconstitucional a que é submetida. A proteção da propriedade ganha, em uma perspectiva constitucional, papel de relevante no tocante à relação entre indivíduo e bens. O proprietário já não é mais senhor absoluto de seus bens.

Mesmo com a nova visão da propriedade, a responsabilidade ainda se mantém a ela ligada, sendo seu principal sustentáculo. O reconhecimento de um caráter mais social do conceito de propriedade não afasta, contudo, o cerne desse direito que perdura por muito tempo. O direito de propriedade impõe a todos o dever de respeitar a relação proprietário-propriedade. Como bem destaca Ricardo Aronne “São destinatários deste direito fundamental todos àqueles que, submetidos ao sistema jurídico brasileiro, sejam nacionais ou estrangeiros”⁹.

Como forma de proteger o direito de propriedade, atuando sempre de forma repressiva, situa-se a responsabilidade. A mácula a esse direito previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição implica em consequências maléficas a seu titular. Em havendo qualquer tipo de redução do patrimônio sobre o qual se exerce o direito de propriedade, o Direito deve apresentar instrumentos capazes propiciar o retorno ao *status quo ante*.

Sob essa ótica, a visão liberal do direito de propriedade ainda se mostra válida. O respeito ao direito alheio é condição fulcral ao convívio em sociedade, sendo necessário não só reprimir e dissuadir violações, mas também apontar meios de que aquele que fora prejudicado tenha seus prejuízos reparados.

Essa perspectiva do direito de propriedade, bem como sua ligação com o instituto da responsabilidade civil, amolda-se com perfeição na configuração dos danos materiais, ou seja, quando há redução patrimonial da vítima, seja essa redução atual, seja essa redução potencial, ou seja, aquilo que já havia justa expectativa de incorporar ao patrimônio não o é por decorrência do ato causador do dano.

Essa matriz constitucional explica o princípio da reparação integral do dano, previsto no artigo 944 do Código Civil¹⁰. Ocorrido o dano, exsurge o dever de indenizar. E esse dever é quantificado de acordo com o já mencionado decréscimo patrimonial. Não se permite, *a priori*, que a indenização seja inferior à perda suportada em decorrência da inviolabilidade do

⁹ ARONNE, Ricardo. **Comentário ao art. 5º, caput, da Constituição Federal** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva; Almedina; Série IDP, 2013. p. 521.

¹⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

direito de propriedade constitucionalmente prevista. Impossibilitada essa violação, é imperioso que o instrumento utilizado para proteger seja apto a garantir a exata recomposição do dano. Não se extrai, portanto, qualquer caráter da responsabilidade civil, envolvendo danos materiais, que não o reparatório. Não se volta para a pessoa do causador do dano; o enfoque é todo direcionado à vítima, seu prejuízo e como eliminá-lo.

É possível, contudo, aferir que a ressalva a ser feita acerca da impossibilidade de indenização diferente do suficiente para reparar o dano causado também é de cariz constitucional. Com base na feição mais social adquirida pelo direito de propriedade, é possível identificar a possibilidade de redução do montante da indenização quando houver desproporção entre gravidade da culpa e o dano, na forma do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil¹¹. Nesse caso, a integral recomposição do direito de propriedade cede espaço para a aplicação dos princípios de solidariedade e da dignidade da pessoa humana (inciso I do artigo 3º inciso III do artigo 1º da Constituição Federal). Não se mostra consentâneo com os fundamentos basilares da ordem constitucional a prolação de decisões que, observando apenas a questão patrimonial, impõe condenação à reparação de certo dano em que, para sua ocorrência, a contribuição do agente fora mínima. Macular-se-ia um ideal de justiça em nome da propriedade.

Percebe-se, pois, que a relação entre direito de propriedade e responsabilidade é antiga, sendo possível afirmar que essa é um dos instrumentos legais que confere incolumidade àquela, de onde se faz notar a evidente inspiração constitucional de suas bases atuais. No entanto, também sob os auspícios de previsões constitucionais, à responsabilidade civil é conferida curial importância ao ganhar novas aplicações e receber novos lineamentos.

1.1.2 A RESPONSABILIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

¹¹ Art. 944. (*omissis*).

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Não obstante seu eminente caráter patrimonial, a responsabilidade civil vem ganhando contornos mais humanísticos, descolando, assim, sua pecha de ser marcadamente individualista. Grande sinal dessa nova concepção de responsabilidade é extraível do reconhecimento constitucional da reparabilidade também do dano moral. Não se pretende fazer maiores incursões acerca da temática do dano moral no presente trabalho, mas, quando trazido o sustentáculo constitucional da responsabilidade, o dano moral deve ser lembrado. Após incessante discussão jurisprudencial acerca de sua viabilidade, sua consagração em dois incisos do artigo 5º da Carta Magna (incisos V e X), sem dúvidas, veio consolidar uma visão mais voltada ao indivíduo que deveria ser adotada em sede de responsabilidade civil. A Constituição de 1988 encerrou de vez a discussão acerca da possibilidade de reparação do dano moral¹².

Imperioso destacar que considerar o indivíduo como cerne não significa entendê-lo individualmente considerado. Os olhos voltam-se ao indivíduo tendo em vista a interação social e suas repercussões, seja em relação a si próprio (e aos demais diretamente e potencialmente envolvidos), seja em relação à comunidade que o cerca, pois, como bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] considerar-se a dignidade da pessoa humana algo (também) vinculado à própria condição humana não significa ignorar sua necessária dimensão comunitária (ou social); afinal, a dignidade apenas ganha significado em função da intersubjetividade que caracteriza as relações humanas, cuidando-se, nesta perspectiva, do valor intrínseco atribuído à pessoa pela comunidade de pessoas e no correspondente reconhecimento de deveres e direitos fundamentais¹³.

Mas a responsabilidade civil por questões sem o cunho patrimonial que sempre lhe foi peculiar não se limita a essas previsões. Em verdade, tais dispositivos se mostram mais como uma especificação de um princípio maior, que lhe deu fundamentação e que deve permear a ideia da responsabilidade: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Erigido a princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana converteu o ser humano como o eixo axiológico do direito. Sob essa perspectiva, a violação a direitos inerentes à pessoa suplantou de importância em relação às violações a direitos meramente patrimoniais.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.114.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva; Almedina; Série IDP, 2013. p.241.

A responsabilidade civil, como mecanismo que pretende reparar tais violações, voltou-se também à questão da reparação de danos extrapatrimoniais, a despeito de, como pontua Roberto Senise Lisboa, o sistema de reparação de danos patrimoniais ter desenvolvido bases mais sólidas em relação aos danos extrapatrimoniais¹⁴.

Nesta seara, dentre as várias maneiras de proteção a bens intrínsecos à pessoa humana, incumbe à responsabilidade a atuação em caráter residual. Dado o elevado grau de sua sensibilidade de tais direitos, mostra-se preferível a disposição de instrumental que, pela ordem, impeçam, suspendam e reparem de forma *in natura* qualquer violação que lhe for impingida. Mas, em situações em que, ocorrida a violação e impossibilitada a reversão do quadro fático, a responsabilidade civil mostra-se imprescindível.

A sistemática da responsabilidade civil toda montada para servir à tutela do patrimônio volta-se, pois, à tutela da dignidade, extraindo desse princípio seus critérios de validação, conferindo ares constitucionais a esse instituto e renovando sua importância no ordenamento jurídico pátrio. Essa nova perspectiva da responsabilidade acarreta, pois, certas peculiaridades inexistentes quando diante da discussão meramente patrimonial.

Assim, a responsabilidade civil extrapatrimonial vai além da mera reparação do dano causado. Em verdade, não se trata de efetiva reparação. Uma vez perpetrado o dano extrapatrimonial não há como “desfazê-lo”, ou retornar ao *status quo ante*, já que em sendo de natureza existencial, a dignidade enquanto pessoa e seus atributos não é quantificável economicamente. O que se tem com a responsabilidade civil é a compensação pela violação ocorrida.

Todavia, outra finalidade é incorporada à responsabilidade civil. Não servindo apenas como forma de compensar a violação de interesses extrapatrimoniais abarcados pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil tem eminente caráter dissuasório. Ou seja, além de compensar pela violação, a responsabilidade civil extrapatrimonial tem a finalidade de impedir que outras violações venham a ser praticadas. E a maneira encontrada é o endurecimento nas condenações. Eventual condenação prolatada em reconhecimento à configuração de dano extrapatrimonial deve ser dura o bastante a levar o agente a não mais praticar tais violações, inibindo-o de manter-se inerte. Se atingida essa finalidade, a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial deve levar potenciais violadores de

¹⁴ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil** - Obrigações e Responsabilidade Civil. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 233.

interesses extrapatrimoniais relevantes a adotar medidas capazes impedir novas violações – ou ao menos diminuí-las e também diminuir seus impactos.

Percebe-se, pois, a responsabilidade também como importante instrumento preventivo. Dada a sensibilidade da dignidade da pessoa humana ao ordenamento jurídico pátrio – afinal, é um dos fundamentos da República – a adoção de instrumental para prevenir sua violação se mostra mais importante até mesmo que a função compensatória que, em uma primeira análise – e feita sob a ótica dos danos patrimoniais – poderia ser considerada mais relevante.

A responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais ganha, assim, contornos constitucionais de indiscutível relevância, atuando também como instrumento de efetivação de comandos constitucionais, sob a inspiração do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1.3 A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO

A responsabilidade civil, como visto, tem substrato constitucional tanto em relação ao dano material – voltada diretamente ao patrimônio – quanto ao dano extrapatrimonial, ou moral – voltada diretamente a aspectos intrínsecos ao indivíduo. Contudo, a incidência constitucional na conformação atual da responsabilidade não se limita a esses aspectos.

A evolução da responsabilidade civil se deu justamente em paralelo com a evolução da incidência de preceitos constitucionais nas relações civis. Fruto da influência da codificação francesa, o Código Civil de 1916 previu a responsabilidade com investigação de culpa – subjetiva – como regra¹⁵. Todavia, já havia legislação esparsa aplicando a responsabilidade objetiva em certos casos, como, por exemplo, a responsabilidade das estradas de ferro, que, curiosamente, é anterior à entrada em vigor do Código Civil de 1916 (Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912)¹⁶.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

¹⁶ WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil : responsabilidade civil**, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

A despeito de não serem novas as hipóteses de responsabilidade objetiva, o aumento dessas foi se dando de forma gradual, sempre com base em temas pontuais e específicos, podendo ser citados o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e da Lei n. 6.453/77, relativa às atividades nucleares. Foram recortando situações que por alguma razão merecia ser regulada sob essa sistemática. Ao mesmo tempo, o afastamento do liberalismo fora influenciando o Direito, com o Estado ganhando maior força justamente com a intenção de garantir aos indivíduos direitos mínimos e reforçar uma ideia de igualdade material.

Alcançando o período pós Constituição de 1988, é possível perceber que a culpa em sede de responsabilidade civil deixou de ter a primazia de antes. O viés interpretativo deslocou-se a preocupação do agente do evento danoso (ao se preocupar com a existência de elementos a esse imputável para se considerar a possibilidade de esse responder pelo dano) para a vítima do dano, ocupando-se agora em viabilizar que a recomposição das perdas sofridas por essa. Na esteira da constitucionalização do direito civil, abordou uma série de situações relacionadas à responsabilidade civil¹⁷, indicando um novo caminho a ser percorrido acerca dessa temática. Arnodo Wald e Brunno Pandori Giancoli destacam como valores afirmados em sede constitucional a primazia do interesse da vítima, a completa reparação do dano e a solidariedade social¹⁸. Quanto aos dois primeiros, estreme de dúvidas que sempre se buscou, ainda que com certos obstáculos, no intuito também preservar o potencial réu de uma ação de responsabilidade civil. Mas é quanto a esse último que se observa uma grande inovação. E a conjugação desses três permitiu ainda conferir maior suporte constitucional à responsabilidade objetiva.

Princípio basilar insculpido no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal, o princípio da solidariedade serve como sustentáculo à ampla recepção e aplicação da teoria do risco em sede de responsabilidade civil. Em breves palavras¹⁹, pela teoria do risco, o desenvolvimento de certas atividades implica em um risco maior de causar danos. E, por elevar as chances de causar danos, esses riscos devem ser assumidos por quem as desenvolve, incumbindo-lhe o

¹⁷ Arnodo Wald e Brunno Pandori Giancoli, indicando uma preocupação constitucional em delinear um caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional e pelo aplicador do direito em sede de responsabilidade civil, listam situações descritas na Constituição Federal, a saber: “No âmbito dos direitos e garantias individuais, podem ser listados os incisos V, X, XLV e LXXV do art. 5º. Outros dispositivos específicos devem ser mencionados: os arts. 21, XXIII, c; 37, § 6º; 141; 173, § 5º; 225, §§ 2º e 3º; 236, § 1º, entre outros.” (WALD, Arnodo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

¹⁸ WALD, Arnodo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

¹⁹ A teoria do risco, bem como suas implicações em sede de responsabilidade civil, será melhor analisada em tópico específico, quando tratarmos da responsabilidade objetiva.

dever de reparar esses danos independentemente de culpa. Consoante lição de Sérgio Cavalieri Filho:

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa²⁰

Não se olvida que a teoria do risco se trata de construção que remonta final do século XIX. Todavia, a plena adoção da responsabilidade subjetiva pelo primeiro código civil pátrio como regra geral, a opção legislativa de pinçar certos temas para serem tratados á luz da responsabilidade objetiva, bem como a relutância em aceitar, até em dias atuais, a ideia de que o risco se sobrepõe à culpa na análise da responsabilidade indicam claramente que o viés constitucional dessa discussão possui grande relevância.

O declínio das hipóteses de responsabilidade subjetiva vem na esteira de desapego ao individualismo que sempre fora marcante no direito privado. A exigência de investigação da intenção do agente do dano em sede de responsabilidade civil deixa clara a preocupação do legislador, como destaca Fábio Ulhôa Coelho, em prestigiar a noção de que a vontade seria a fonte de todas as obrigações²¹. Por sua vez, uma gama maior de situações em que essa investigação é afastada mostra o caminho que se trilha em direção a uma maior aceitação também da distribuição dos riscos (e de suas consequências) entre as relações intersubjetivas.

Mostra dessa trilha é perceptível com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. Nas relações consumeristas, a regra já não é a responsabilidade subjetiva. Por força de seus artigos 12 e 14, instituiu-se a responsabilidade objetiva como regra, cabendo ao fornecedor a demonstração da culpa do consumidor para eximir-se de responder pelos danos decorrentes dos produtos ou serviços postos em circulação.

Mais impactante foi a inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Sem abandonar uma regra geral instituindo a responsabilidade subjetiva, o legislador adotou também uma regra geral excepcionadora da responsabilidade subjetiva. Assim, enquanto o artigo 927 institui o dever de reparar o dano quando esse decorrente de ato ilícito (ou seja, que depende de uma conduta culposa, conforme apregoa o artigo 186 da codificação civil), seu parágrafo único, incorporando legislativamente a teoria do risco, impõe a obrigação de reparar o dano

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 152.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil - Obrigações - Responsabilidade Civil - volume 2**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 5. p. Posição 617

independentemente de culpa (objetivamente, portanto), além dos especificados em lei, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar danos para os direitos de outrem. Ou seja, quando se desenvolve atividade de riscos. É possível afirmar, destarte, que, a regra geral da responsabilidade subjetiva é acompanhada de uma regra que a excepciona, mas também de ordem geral, e não mais cuidando de casos pontuais.

A responsabilidade objetiva tem a preocupação com a vítima, facilitando o acesso à sua reparação. Há situações em que a comprovação do elemento volitivo torna a responsabilização do agente do dano inviável. Ficava a vítima, então, desprotegida. Por sua vez, com a responsabilidade objetiva, mediante a adoção da teoria do risco, consolidou-se uma visão mais social da responsabilidade. Nessa medida, socializa-se também os custos de eventual reparação. Não só a vítima terá de arcar com as consequências do dano decorrente de atos cujo elemento volitivo são de difícil demonstração (ou até mesmo quando inexistente esse elemento volitivo que possa ser caracterizado como culpa). Ao desenvolver atividades que implicam em risco, além de receber os benefícios dessa atividade, assume também os riscos de reparar o dano. Assim, mesmo que inexistente qualquer culpa, os riscos criados não serão suportados apenas pela vítima, mas também pelo agente, que deverá indenizar.

Esse pensamento voltado à vítima, consubstanciado no incremento da responsabilidade objetiva, também deve ser perpetrado sob a ótica da dignidade da pessoa humana. A humanização da responsabilidade civil passa a atuar precipuamente como instrumento a coibir e reparar danos à pessoa, retirando importância à perquirição de intenções. Privilegia-se a recomposição do dano em detrimento da incolumidade patrimonial do agente quando inexistente vício²² na conduta deste. A relação entre a moderna concepção de responsabilidade objetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana é bem delineada por Roberto Senise Lisboa:

Hoje, mais de um século depois da criação da teoria do risco em França, que remonta à última década do século XIX, a dignidade da pessoa humana torna-se o princípio orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e, por conseguinte, fortalece-se a objetivação da responsabilidade, como pretendiam Alvino Lima e Wilson Melo da Silva, entre outros civilistas nacionais. Daí a razão pela qual toda discussão sobre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva deve ser firmada a partir desse princípio²³.

²² Vício entendido como alguma das características que convalidam a atuação lícita em ilícita, a saber, culpa (seja na modalidade negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo.

²³ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil** - Obrigações e Responsabilidade Civil. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p.238.

Pode-se perceber, assim, que, a despeito de sua origem ser anterior à ideia de dignidade da pessoa humana como elemento-chave do ordenamento, a responsabilidade objetiva pode retirar sua validade e seu sustentáculo desse princípio constitucional, sendo possível, dessa forma, caminhar para uma abrangência maior da responsabilidade sem a necessidade de demonstração de culpa como forma de consolidar o princípio da socialidade.

1.2. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Assim como em relação ao direito civil, o direito processual também sofre direta influência das normas constitucionais. Essa nova visão acerca da importância que a Constituição Federal tem no tocante à aplicação do direito processual deixa clara a simbiose entre o direito constitucional e o direito processual (em verdade, sobre qualquer ramo do direito), conformando-o e conferindo-lhe validade. O diálogo entre direito constitucional e direito processual ocorre igualmente no sentido inverso, ou seja, aquele se servindo desse, objetivando maior concretude de seus postulados. Fredie Didier Jr. afirma que

A doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas, com avanços recíprocos.²⁴

Sob essa ótica, considerando as questões relacionadas ao processo previstas na Carta Constitucional, cunhou-se na doutrina a distinção entre o “direito processual constitucional” e o “direito constitucional processual”²⁵. Tal divisão é alvo objeto de precisas críticas proferidas por Hermes Zaneti Júnior, destacando que essa divisão implica em reconhecer a existência de um direito predominantemente processual – quando apresentadas as ações previstas constitucionalmente – e um direito predominantemente constitucional – quando elencados os princípios e garantias norteadores do processo – o que, por sua vez, acarreta em uma falaciosa conclusão de que nem todo processo é constitucional²⁶. Tomando como premissa tais críticas, e adotando que o modelo de processo pátrio é o processo constitucional (sem qualquer outra

²⁴ DIDIER Jr., Fredie . **Curso de Direito Processual Civil** (v. 1) - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2014. p. 33.

²⁵ Cf. NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41-44; RODRIGUES, Marcelo Abelha . **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 61.

²⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a.. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 163.

qualificação), a Constituição deve ser tomada como um norte ao aplicador do Direito, de modo que, como bem afirma Hermes Zaneti Jr:

Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. [...] Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional²⁷.

Hermes Zaneti Jr. destaca ainda que o modelo constitucional, em linhas básicas, pode ser aferido da conjugação de três espécies de dispositivos constitucionais, a saber, os princípios e garantias constitucionais, normas atinentes à jurisdição constitucional *lato sensu* (jurisdição constitucional das liberdades e controle jurisdicional dos atos de poder frente à Constituição) e normas de organização judiciária e funções essenciais à justiça²⁸. Desses três elementos, é perceptível que o que mais irradia efeitos perante o ordenamento jurídico, e em especial ao ordenamento processual, são os princípios e garantias, tendo como característica e papel de conferir unicidade às normas infraconstitucionais, servindo ainda como base e pressuposto para a atuação da jurisdição constitucional e utilizando-se do arcabouço estrutural construído pelas regras de organização e funções essenciais à justiça. Atua, pois, como eixo normativo do modelo constitucional de processo. Como delineia Cassio Scarpinella Bueno:

É extrair, da Constituição Federal, o "modelo constitucional do direito processual civil" e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então se encontram em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição impõe sejam realizados pelo direito processual civil ou que têm condições de concretizar o modelo constitucional do direito processual civil.²⁹

Nesse mesmo sentido, é preciso Hermes Zaneti Jr. que, analisando a importância dos princípios e garantias constitucionais como elementos centrais na ideia do constitucionalismo moderno – em qualquer ramo do direito, e não apenas no direito processual – afirma que o cerne do estudo do direito constitucional não mais se encontra nas influências políticas que orientam os regimes constitucionais, mas sim nas garantias dos direitos e garantias individuais e coletivos presentes na Constituição³⁰. Mais uma vez percebe-se que assegurar os direitos e garantias dos cidadãos ganha relevância em relação à própria organização estrutural do Estado

²⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 162

²⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp.165-166.

²⁹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol.1: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112

³⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

quando diante da caracterização de um regime como um Estado Democrático de Direito.

Os preceitos constitucionais devem, pois, permear tanto a interpretação quanto a própria elaboração das normas de direito (elaboração essa entendida tanto em relação ao processo legislativo quanto o processo de reconstrução da norma pelo intérprete para sua aplicação), não se limitando a apenas conferir garantias aos litigantes. A Constituição deve iluminar as ideias acerca do processo também como forma de se alcançar o ideal de distribuição de justiça. Afirma Cassio Scarpinella Bueno que:

Ler e interpretar as normas processuais civis desde a Constituição Federal, desta forma, deve ser entendido como um verdadeiro método de estudo. O mesmo tem que ser dito com relação aos institutos do direito processual civil em geral, todos eles. Tais institutos, mesmo quando cunhados pelos processualistas do passado, têm que passar, necessariamente, por uma etapa de filtragem constitucional, assim entendida a verificação de sua conformidade (e em que grau) com as diretrizes da Constituição Federal³¹.

Da mesma forma, não há que se limitar a incidência dos preceitos constitucionais à mera aferição de compatibilidade entre esses e o texto infraconstitucional, devendo servir também como fonte inspiradora para elaboração normativa a fim de se buscar as finalidades constitucionais atinentes às relações processuais.

Esse viés constitucional que o direito processual recebe, longe de ser uma disposição limitadora de seu alcance, implica em uma elevação do grau de importância que o processo tem na ordem jurídica pátria, sendo um instrumento não apenas a serviço do direito material subjacente, mas como instrumento de promoção de concretude da Constituição e, via de talante, consolidando as bases da ordem constitucional. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra asseveram que:

A própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça³².

Cassio Scarpinella Bueno destaca ainda a importância de o modelo constitucional do processo atingir os valores caros à Constituição:

Além de o processo ter que "ser" conforme o modelo constitucional do processo, ele deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à realização concreta de

³¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol.1: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 114-115

³² GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo . **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012. p. 86.

valores e situações jurídicas que são a ele exteriores, passando, necessariamente, pelos valores que a própria Constituição exige que, pelo direito processual civil, considerado como um todo, sejam devidamente realizados. Por isto, é importante enfatizar que são só o plano técnico mas também o teleológico (seus fins) interessam ao processo e, mais amplamente, ao direito processual civil como um todo. Ambos são queridos e, verdadeiramente, impostos pela e na Constituição Federal³³.

O modelo constitucional de processo, como sói ser, recebeu direto influxo de pilares que sustentam a nova ordem constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, como ponto fundamental, impôs a busca pela efetivação de direitos fundamentais. A questão topológica, ao abrir a Constituição com o capítulo dos direitos e garantias constitucionais – ao contrário das Constituições anteriores, que dispunham sobre tal tema em posição mais a frente –, como bem lembra Hermes Zaneti Jr, tem significado, indicando a preocupação com sua efetivação³⁴. Como princípio estruturante da ordem jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana alcança todos os ramos do direito, com a finalidade precípua consolidar as garantias constitucionais e aferir se há sustentação às normas infraconstitucionais.

Extraí-se, pois, que os princípios constitucionais norteadores do processo o conformam como um instrumento voltado à garantia de direitos, com vistas a essa função de conferir eficácia e efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso. O processo passa a ser também a salvaguarda quando se depara com situações em desacordo com a linha principiológica constitucional.

Assim, a ideia de constituição como fonte própria de normas diretamente aplicáveis mostra-se consentânea com a ideia de um Estado democrático de Direito. Ademais, como fonte de inspiração e de extração de validade das normas infraconstitucionais, conferem a essas um perfil condizente com a ordem jurídica vigente, sendo, pois, deveras importante identificar não só a compatibilidade entre norma infraconstitucional e constituição, como também os aspectos constitucionais que inspiram a norma infraconstitucional, a fim de permitir uma melhor interpretação e, via de talante, que se alcance os objetivos normativos.

Tendo em mente a releitura sob o viés constitucional dos institutos jurídicos – e, no particular, dos de direito processual –, além dos princípios aplicáveis ao processo como um todo, é possível destacar uma análise voltada para os princípios constitucionais que contribuem para a conformação da ideia contemporânea das tutelas de urgência, o que se passa a fazer.

³³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol.1: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114

³⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a.. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 169.

1.2.1 A EFETIVIDADE DO DIREITO DE AÇÃO POR MEIO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Ao impedir que os cidadãos utilizem-se da autotutela como forma de resolução de conflitos, o Estado assume a obrigação de conferir meios para solucioná-los. Andrea Proto Pizani afirma que a “jurisdição e o correlato direito de ação representa a contrapartida à vedação à autotutela”³⁵. No atual Estado Democrático de Direito, esse mecanismo é o processo. Luiz Guilherme Marinoni, acerca da função substitutiva da atuação privada afirma que:

O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido³⁶.

É com vistas a essa atuação estatal que se vislumbra o direito de ação, correlato ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Garantia prevista no artigo 5º XXXV da Constituição Federal, afirma textualmente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Apesar de, aparentemente ser direcionado ao legislador, a interpretação dada a tal dispositivo permite chegar à conclusão de que o acesso à justiça não pode sofrer embargos³⁷. Interpretando tal dispositivo, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que a previsão acima transcrita possui duplo papel, trazendo, de um lado, a garantia do direito de ação, e de outro, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional³⁸. Assim, ao cidadão é conferido um instrumento para solução de conflitos e a existência de tal instrumento induz a uma obrigação estatal de conferir uma resposta à sua utilização.

Outro destaque importante a ser feito diz respeito ao que se não se pode afastar da apreciação do Estado-Juiz. Em que pese a assertiva constitucional referir-se a direito ou ameaça, em verdade, a vedação à imposição de obstáculos deve ser lida como a afirmação de direito ou

³⁵ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 629.

³⁶ MARINONI, Luis . Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 170.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72

ameaça a direito, dada a natureza abstrata do direito de ação³⁹.

Mas o conteúdo da garantia de acesso à justiça não se limita a uma atuação negativa, ou seja, a impossibilidade de imposição de barreiras desmedidas para que o cidadão reclame seus direitos perante o Poder Judiciário. Em verdade, o princípio do acesso à justiça impõe ainda um dever positivo ao Estado, no sentido de que esse deve conferir não só tal acesso, mas que esse se dê de forma adequada. Ou seja, o acesso à justiça deve ser um acesso aos meios adequados para que o cidadão possa apresentar sua postulação perante o Poder Judiciário e que esse lhe dê uma resposta útil. Nelson Nery Jr. afirma que:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio⁴⁰.

Nessa linha, não se mostra difícil associar as tutelas de urgência com o primado da efetividade da prestação jurisdicional. Não basta que ao indivíduo seja assegurado o direito de ir a juízo pleitear aquilo que entenda como de direito. É imprescindível que, quando em juízo, esse pleito seja analisado em tempo hábil e que o resultado seja útil. De nada adiantaria garantir o acesso à Justiça se o bem da vida não puder ser fruído pelo autor. Esse acesso seria inócuo, meramente formal. Sob essa ótica, o acesso à Justiça deve ser dotado de instrumentos que lhe confirmem efetividade. Necessário, pois, que sejam oferecidas condições reais para a utilização deste instrumento⁴¹.

Dada à natureza de Direito Público inerente ao processo, é possível perceber que assegurar a efetividade do acesso à justiça não diz respeito exclusivamente às partes envolvidas na relação processual. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional implica em verdadeira valorização à própria atuação do Estado-Juiz, conferindo-lhe força e mantendo sua legitimidade para tal mister. O primado da efetividade do direito de ação, em verdade, encontra-se intrinsecamente relacionado com a própria finalidade da jurisdição. José Roberto dos Santos Bedaque afirma que:

³⁹ Nesse sentido, DIDIER Jr., Fredie . **Curso de Direito Processual Civil** (v. 1) - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2014. p. 127; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo..** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215; BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol.1:** teoria geral do direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127.

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 172.

⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75.

A exigência de efetividade do processo atende, portanto, não apenas ao interesse privado das partes, mas também ao escopo de atuação da regra material e de pacificação social⁴².

Da mesma forma que se exige apenas a mera afirmação do direito para que se mostre necessária a proteção ao direito de ação, a garantia de efetividade desse direito de ação não corresponde à apresentação de instrumentos que assegurem o acolhimento da pretensão deduzida. A efetividade consiste em assegurar que aos litigantes serão fornecidos os meios adequados para que eventual acolhimento da pretensão se dê de modo efetivo. Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, mesmo que o litigante não consiga demonstrar a existência de proteção jurídica ao interesse deduzido, ainda sim tem o direito aos meios adequados⁴³.

Percebe-se, em consonância com a discussão apresentada, que a visão atual acerca do direito de ação já não mais reside na natureza de tal direito, voltando-se os olhos ao primado da efetividade. Bedaque destaca que as construções doutrinárias acerca da natureza do direito de ação já cumpriram seu papel, sendo o moderno enfoque na efetividade do processo (e, via de consequência, do próprio direito de ação) e no desenvolvimento de mecanismos de se alcançar tal objetivo⁴⁴.

A busca pela efetividade do processo, contudo, esbarra nos efeitos do tempo. A decisão em sede processual exige o percurso de certo caminho, assegurando a ambas as partes garantias de que a decisão final tenha correspondência com o resultado que se obteria caso inexistisse a violação a direitos invocada. E esse caminho, indubitavelmente, não se dá de forma imediata; se faz necessário aguardar certo tempo, tempo esse que passa a voltar-se contra quem invocou a prestação jurisdicional.

Por muito tempo, a segurança de que o provimento jurisdicional trouxesse a mencionada correspondência entre o pedido autoral e uma hipotética atuação espontânea do réu teve prevalência no direito processual. Como bem lembra Marcelo Abelha Rodrigues:

É quase notório que até as últimas quatro décadas a preocupação única era com a segurança, já que o problema do tempo no processo e o exercício abusivo das faculdades processuais ainda não comprometiam de forma perceptível a sua

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 77.

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

efetividade, até porque o processo era utilizado por poucos.⁴⁵

Em razão de o processo ser acessível a poucos, o tempo que se levava à prolação de uma decisão não afetava de forma consistente o direito material e, quando o tempo era “problema”, esse problema repercutia também para poucos.

Contudo, com a Constituição Federal de 1988, o acesso universalizado à justiça passou a ser objeto de preocupação. Preocupou-se também com a questão da efetividade desse acesso, privilegiando tal atributo, que ganhou espaço antes assegurado à segurança⁴⁶. Assim, quando se fala em direito ao acesso à Justiça e em inafastabilidade do controle jurisdicional, imprescindível que se faça a leitura de que esse direito de ação deve ser assegurado de forma efetiva, extraindo, ainda dessa previsão, a índole constitucional dos instrumentos necessários à consecução dessa garantia. Ou seja, o direito de ação deve ser visto como um direito de ação efetiva.

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal sem qualquer óbice; têm a seu dispor meios adequados para a obtenção de um resultado útil, isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material⁴⁷.

Com foco nessas premissas, evidente fica a índole constitucional das tutelas de urgência. Hodiernamente, com a velocidade que as relações vêm alcançando, a presteza nas respostas que o Judiciário confere à sociedade ganha grande relevo. E as tutelas de urgência mostram-se como instrumento hábil a suprir essas expectativas, sem deixar de lado as garantias constitucionais também conferidas aos eventuais réus. Piero Calamandrei, ao discorrer sobre o dilema entre celeridade e segurança, afirma que:

Os procedimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências, frequentemente contrastantes, da justiça, aquela da celeridade e aquela da ponderação: entre fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devagar, os procedimentos cautelares objetivam antes de tudo, a celeridade, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do procedimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas do

⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha . **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 649.

⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha . **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 649

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 79

processo ordinário.⁴⁸

Percebe-se, pois, que a tutela de urgência figura como um catalisador do assegurado acesso à justiça, mitigando os riscos que a espera pela definitiva análise do direito invocado pode trazer para o autor. Há situações em que espera para o provimento final, após cognição exauriente, não permitirá à parte o efetivo gozo do direito que se buscou proteção. De nada adiantaria assegurar o acesso à justiça se esse acesso não for útil. Bedaque, citando Comoglio, afirma que “a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual”⁴⁹.

A tutela de urgência na nova ordem constitucional ganhou ainda mais força com a dicção do texto que confere o direito de ação. Enquanto que na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº1 de 1969, previa-se apenas o direito de ação contra lesão de direito (Art. 153§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.), a Constituição de 1988 conferiu proteção também contra a ameaça a direito (Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). Não se afirma que no passado a ameaça não fosse tutelada. Mas, ao prever o direito de ação também contra ameaça, evidenciou-se o caráter constitucional também dos instrumentos acauteladores (termo utilizado na acepção de Calamandrei, ou seja, sem distinguir tutela cautelar da tutela antecipada). Gilmar Mendes assevera que:

Ressalte-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão efetiva, mas também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção do direito⁵⁰.

A previsão constitucional do direito de ação contra ameaça a direito aponta para a relevância que a efetividade ganha no sistema processual pátrio. Antecipando-se à violação e impedindo sua ocorrência, a tutela jurisdicional se mostra mais eficaz, potencializando o postulado chivendiano segundo o qual o processo, na medida do possível, deve dar a quem tem o direito tudo aquilo e exatamente aquilo que é previsto na lei. A prevenção garante que o direito não será violado, prescindindo de atuação para a reversão ao *status quo ante*. Ademais, serve ainda como desestímulo a eventuais novas violações, em razão da existência de instrumentos

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. pp. 39-40.

⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 534

aptos a atacá-las antes mesmo de sua ocorrência importar na eliminação de benefícios dessa atuação.

Sem a existência de mecanismos que permitissem que esse acesso à justiça tivesse utilidade real à parte, essa garantia seria meramente formal. Assim, as tutelas de urgência se mostram com o instrumento a permitir a efetiva concreção do acesso à justiça nos casos em que a influência do tempo tiver aptidão a retirar sua utilidade.

A tutela de urgência surge como decorrência da efetiva garantia de acesso à justiça. José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a tutela cautelar de urgência deve ser incluída, portanto, no âmbito de proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação”⁵¹. Nessa mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni explica o direito de ação exige, além da apreciação da afirmação de lesão (ou ameaça) a direito, um provimento que permitisse a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz de tal direito⁵². E indicando que, em se tratando dos efeitos do tempo, são as tutelas de urgência que possuem tal papel, assevera que:

Não bastaria o direito de pedir a apreciação de uma afirmação se a tutela jurisdicional pudesse ser entregue ao autor a qualquer momento, mesmo após o direito material almejado ter sido prejudicado. Isso quer dizer, em poucas palavras, que do direito de ação decorrem, como consequência lógica, os direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material, eventualmente ameaçado de lesão no curso do processo⁵³ ..

Também trazendo o enfoque constitucional das tutelas de urgência, o professor Ovídio A. Baptista Silva defende a ideia de um direito substancial de cautela, na medida em que, configurada uma situação de risco, ante a imposição do monopólio estatal da jurisdição, caberia ao Estado proteger o jurisdicionado de tal risco ainda que antes do desenvolvimento completo da atividade jurisdicional (cognitiva ou executória), sob pena de permitir o perecimento do direito⁵⁴. E, como conclusão acerca da origem constitucional do reconhecimento a um direito substancial de cautela, assevera que:

Certamente pode-se afirmar que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do “direito substancial de cautela”, promana de princípio de natureza

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.. p. 84.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1**: Teoria Geral do Processo.. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.218.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1**: Teoria Geral do Processo.. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218.

⁵⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001 p. 72.

constitucional, imanente a todo o Estado de Direito.⁵⁵

Ainda partindo dos fundamentos constitucionais, os professores Ovídio Baptista⁵⁶, José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁷ e Marcelo Abelha Rodrigues⁵⁸, dentre outros, reforçam que as tutelas de urgência possuem inspiração no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional.

Sob essa perspectiva, as tutelas de urgência se mostram como providencial remédio a combater as mazelas do tempo no processo, a fim de garantir a efetividade deste, sendo, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

Mecanismo voltado à prevenção de determinada situação fática, evitando que o decurso do tempo venha a prejudicar a solução jurídica e definitiva daquele litígio⁵⁹.

Percebe-se, que, da mesma forma que não é possível mais se falar em um direito de ação meramente formal, sem que lhe seja conferidos instrumentos que assegurem sua efetividade, as tutelas de urgência ganham contornos constitucionais justamente por terem plena aptidão a proteger o Direito Material subjacente para que a resposta estatal seja útil, eficaz, adequada e tempestiva.

Por seu turno, a índole constitucional das tutelas de urgência configura um obstáculo à atuação estatal que tenha como objetivo dificultar sua concessão, impondo barreiras desarrazoadas ou simplesmente vedando-a. José Roberto dos Santos Bedaque afirma que:

A identificação do conteúdo do direito de ação, no plano constitucional, é útil não só para efeito de identificar sua verdadeira função para a ciência processual e para os resultados que essa busca alcançar, como também para verificar a legitimidade dos limites impostos pelo legislador infraconstitucional ao regulamentar o exercício desse direito.⁶⁰

Desta forma, também como decorrência da natureza constitucional das tutelas de urgência, as regras que impeçam ou dificultem sua concessão devem ser inspiradas também em fundamentos constitucionais, devendo ser sopesados os interesses em jogo. Essa avaliação,

⁵⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001. p. 73.

⁵⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001. p. 73.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89.

⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 649

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 88.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

por sua vez, deveria ser perpetrada no caso concreto, ainda que sejam várias as hipóteses em que o legislador avalia em abstrato os interesses eventualmente conflitantes.

1.2.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Ponto pouco abordado em se tratando de tutelas de urgências é sua correlação com o princípio da eficiência, princípio esse com natural incidência no direito administrativo. Todavia, sua teleologia permite que exerça influência também no caso sob análise. Pensado majoritariamente para aplicação frente ao Poder Executivo, uma perspectiva mais pragmática permite sua invocação para o reforço da índole constitucional das tutelas de urgência.

A despeito de sempre se falar que a Administração deve atuar de forma eficiente em seu trato com a coisa pública, o princípio da eficiência constitucionalmente passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional nº 19/1998, a chamada Reforma Administrativa, que o incluiu no bojo do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Até mesmo pela incongruência em se pensar na Administração agindo em desconformidades com primados da eficiência, bem como pela fluidez de seu conteúdo, além do fato de que não seria a mera presença de tal exigência escrita na Constituição Federal que tornaria, de uma hora para outra, a Administração Pública eficiente, é que sua inclusão sofreu críticas⁶¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que o princípio da eficiência advém daquilo que há muito é tratado pela doutrina italiana como “boa administração”, o que impõe que a atividade administrativa deve ser desenvolvida da forma mais congruente, oportuno e adequado aos fins que se propõe, graças à escolha dos meios e ocasião mais oportuna de utilizá-los⁶². Percebe-se que a ideia de eficiência administrativa proposta pelo constituinte reformador, mais do que imposta pela inclusão no texto constitucional, deve ser absorvida pelo administrador, buscando alcançar a finalidade estatal com o mínimo dispêndio possível. José Afonso da Silva destaca ser a eficiência um conceito econômico, mais do que jurídico, que se guia pela regra

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 22ª Edição, 2007 p. 125.

da consecução do maior benefício com o menor custo possível⁶³. José dos Santos Carvalho Filho, sobre essa relação econômica trazida pelo princípio da eficiência afirma que:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional⁶⁴.

Por sua vez, ainda que desenvolvido pela doutrina administrativista pátria, a aplicação do princípio da eficiência também se dá em relação ao Poder Judiciário, posto a previsão constitucional afirmar expressamente sua obediência por qualquer dos Poderes. E essa propalada eficiência deve ser buscada não só nas atividades administrativas do Poder Judiciário. Deve-se buscar também a eficiência nas atividades jurisdicionais do Poder Judiciário, afinal, essa é a principal atividade desse poder. Buscar a eficiência no campo administrativo sem que se faça igual busca no campo jurisdicional implica em negar seu próprio objetivo. Eficiência que não se proponha a trazer resultados mais úteis aos jurisdicionados decorrente de um mínimo de esforço possível não pode ser qualificada como eficiência. Deve, então, primar pela eficiência do Poder Judiciário em sua capacidade de dar uma resposta ao jurisdicionado.

Sob essa perspectiva, importante se mostra sua distinção em relação à efetividade do acesso à justiça, outro princípio que conforma o aspecto constitucional das tutelas de urgência. Essa distinção é bem traçada por Leonardo Carneiro da Cunha:

Efetividade é uma medida de realização concreta dos efeitos calculados in abstrato na norma jurídica [...].
Por sua vez, a eficiência [...] mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas⁶⁵.

A importância conferida à eficiência mostra-se, dessa forma, mais condizente com o Estado Democrático de Direito, como uma forma de superação da mera busca pela efetividade. Não basta mais a efetividade do direito. Imperioso que para se assegurar tal direito os instrumentos à disposição do jurisdicionado sejam utilizados de forma a gerar um menor impacto sob o ponto de vista econômico.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25a. edição - São Paulo: Malheiros, 2005. p. 334.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 233, p. 65-84, 2014. p. 69.

É sob essa perspectiva que se fala que a busca pela eficiência é dada com uma ótica mais pragmática do exercício do poder inerente ao Judiciário. Sob uma visão mais pragmática, se a prestação jurisdicional final não for útil ao jurisdicionado, a atuação do Estado-Juiz teria sido sem razão de ser, já que, invocada para tutelar certo direito, esse restara perecido em razão da ausência de uma resposta eficiente. E mais. Essa utilidade deve ser aferida também com vistas à economicidade da prestação jurisdicional. Não basta ser útil; deve ser suficiente. E que, resolvida a questão, não se faça mais necessário buscar um complemento objetivando tornar integral o direito que se pleiteou.

Desta forma, não faz sentido, economicamente falando, prever um instrumento para dirimir crises jurídicas, mas não dotar tal instrumento de mecanismos que possam assegurar que sua utilização será útil e suficiente. Haveria a utilização de meios sem que a finalidade fosse razoavelmente alcançada, representando, em verdade, desperdício de esforços. Esses mecanismos, assim, permitiriam que o Judiciário atuasse de forma mais eficiente, dirimindo a crise jurídica, mas também garantido que quando debelada tal crise, os resultados ainda fossem úteis, ou seja, a movimentação da máquina judiciária não teria sido em vão.

Trata-se, como bem destaca Fredie Didier Jr., de mecanismos a disposição do Estado-Juiz como forma de gestão do processo judicial, que deve orientar essa para que, ao final, possa se constatar ter havido um processo eficiente, que atingiu a finalidade a que se propôs⁶⁶.

Delineado que a efetividade do acesso à justiça não se mostra mais o bastante, sendo necessário assegurar também a eficiência desse acesso, é possível perceber a tutela de urgência como um mecanismo com grande aptidão a assegurar tal eficiência. Na medida em que ao Estado-Juiz são assegurados os mecanismos inerentes às tutelas de urgência para que os efeitos do tempo no processo sejam bloqueados (ou, ao menos minimizados), os danos causados àquele que o procurou alegando a mácula de um direito são estancados (ou reduzidos) já no momento em que se mostrem preenchidos os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada – em regra, quando da propositura da ação.

Ora, o aguardo do término do trâmite processual pode, de um lado, conferir efetividade ao acesso à justiça, posto entregar ao postulante a tutela jurisdicional pretendida, sendo-lhe ainda útil. Contudo, pode ser que, mesmo ainda útil - efetiva, portanto - o direito do autor tenha

⁶⁶ DIDIER Jr., Fredie . **Curso de Direito Processual Civil** (v. 1) - teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2014. p. 72.

sofrido máculas que imporão também sua reparação. Fica claro, pois, que a despeito de efetiva, a tutela não foi eficiente, já que o autor ver-se-á obrigado a ainda exigir a reparação dos danos causados - não só o reconhecimento, mas, principalmente, a execução dessa reparação, que pode levar mais tempo ainda. Ao passo que o manejo das tutelas de urgência tem o condão de interromper esse ciclo de prejuízos, permitindo que, quando encerrado o processo, não haja nenhuma causa para nova busca pelo Poder Judiciário.

1.2.3 A GARANTIA DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

A despeito de as tutelas de urgência estarem estruturadas muito tempo antes da consagração expressa da garantia da duração razoável do processo, tal garantia tem papel importante na ideia moderna das tutelas de urgência, propiciando novo enfoque à prestação da tutela jurisdicional. A duração razoável do processo, assim, veio reafirmar e reforçar a natureza constitucional das tutelas de urgência, na medida q essas são instrumentos de grande valia para a concretização do mandamento constitucional em destaque.

De plano, é possível extrair a duração razoável do processo do direito de ação, e mais precisamente da efetividade do direito de ação. Como já delineado, a questão temporal é elemento indissociável da inafastabilidade da jurisdição, impondo que a resposta do Estado-Juiz aos reclamos do jurisdicionado deve ser dada em tempo que permita que tal decisão ainda lhe seja útil.

A positivação da garantia à duração razoável do processo se deu pela inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, com a chamada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), informando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nada obstante, a garantia da duração do processo já era prevista em diversos tratados internacionais de direitos humanos. É marcante a inclusão dessa garantia no bojo das garantias judiciais estipuladas tanto pela Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adotada pelo Conselho da Europa em 1950 quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, cujas citações se

mostram de oportuna validade:

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 8.

Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Ante a similitude da redação de ambos os textos convencionais (ao menos no que tange à questão do tempo do processo) é possível admitir que a duração razoável do processo trata-se de preocupação dos atores dos direitos humanos, sendo vista como uma garantia inerente ao processo judicial. Samuel Miranda Arruda afirma haver um modelo supranacional de enunciação do direito à razoável duração do processo⁶⁷. Não basta ao Estado assegurar aos cidadãos a possibilidade de resolução de conflitos por meio do processo. É um direito fundamental que essa resolução se dê em tempo razoável, hábil a atingir a finalidade que se propõe.

Tendo em vista a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo direito pátrio pelo Decreto N° 678/1992, é possível afirmar que a duração razoável do processo já era prevista como uma garantia aos litigantes, afinal, o artigo 8 do mencionado tratado assim o impunha. Ocorre que, mesmo havendo essa previsão como um direito do cidadão, a preocupação estava voltada em primeiro conferir um acesso à justiça aos cidadãos. Lembremos que, quando da edição do decreto que incorporou a mencionada convenção ao

⁶⁷ ARRUDA, Samuel Miranda. **Comentário ao art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva; Almedina; Série IDP, 2013. p.1244

direito pátrio, eram passados apenas quatro anos da promulgação da nova Constituição.

Os esforços iniciais eram, então, para concretizar seus preceitos. Nessa linha de conferir acesso à justiça, e com atenção às chamadas ondas de acesso à justiça propaladas por Mauro Cappelletti em sua obra, estavam sendo consolidadas a facilitação ao acesso à justiça daqueles desprovidos de capacidade econômica ingressar em juízo – a instituição da defensoria pública, bem como a expressa consignação no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de que a assistência jurídica integral será prestada aos que comprovaram insuficiência de recursos são marcas dessa busca – e a tutela dos direitos coletivos, com a edição, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor, que traz em seu bojo não só regras de direito do consumidor propriamente dita, mas também normas de direito processual coletivo, formando, junto com a lei de ação civil pública, o chamado microssistema do direito processual coletivo.

Já estando o acesso à justiça assegurado, buscou o constituinte derivado permitir também que o cidadão conseguisse “sair da justiça”, ou seja, uma vez ingressado em juízo, que lhe fosse conferida uma resposta célere, qualificando, pois, sua ida perante o Estado-Juiz para que este solucionasse controvérsia existente. Samuel Miranda Arruda aponta que a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal veio como forma de inaugurar uma nova etapa, destacando que, tendo assegurado o acesso à justiça, a preocupação do constituinte voltou-se para garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal⁶⁸.

É possível ainda perceber que já não se tem a segurança jurídica como o pilar central e intocável da relação processual, sendo claro o conflito entre prestar uma tutela jurisdicional com segurança e uma tutela jurisdicional rápida. Tratava-se uma tentativa de conciliação entre segurança e celeridade - discussão já apresentada quando da efetividade do direito de ação.

Classicamente, o direito processual privilegiou a segurança jurídica. Tal opção é latente quando se observa o desenvolvimento do procedimento ordinário, que confere às partes ampla produção de prova e apresentação de argumentos, além de impor ao magistrado uma cognição plena, exauriente da questão apresentada. E a implementação da decisão somente é possível, via de regra, com o trânsito em julgado (ou, pelo menos após a decisão do último recurso da cadeia recursal dotado de efeito suspensivo). Não que esse posicionamento seja de um todo

⁶⁸ ARRUDA, Samuel Miranda. **Comentário ao art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva; Almedina; Série IDP, 2013. p. 1242.

equivocada, muito pelo contrário. É escoreito e consentâneo com o primado do contraditório e da ampla defesa. Mas, ao valorizar tais garantias, a efetividade resta prejudicada, uma vez que essa atividade franqueada às partes e imposta ao magistrado demanda tempo, tempo esse que, muitas vezes, é um bem que não está à disposição da parte (em regra, o autor).

Não obstante o estado atual da interpretação constitucional deste dilema a constitucionalização desse direito, a constitucionalização da razoável duração do processo fez a balança pender mais para a efetividade em detrimento da segurança. Reforçando mais uma vez, não está se afirmando que não se deve pretender a segurança jurídica na prestação jurisdicional. Mas, essa deve ceder espaço que tradicionalmente tinha para que essa prestação ocorra em tempo condizente com o direito a ser tutelado.

A garantia da duração razoável implica em ser necessária uma resposta tempestiva ao anseio do litigante. É certo que todos os litigantes buscam a resposta o mais rápido possível. Contudo, alguns pleitos exigem que uma resposta imediata seja dada, sob pena de o trâmite processual a ser percorrido ser inútil.

Por sua vez, a dicção constitucional não permite uma imediata identificação dos limites dessa garantia. O termo “duração razoável”, por si só, apresenta uma indeterminação que dificulta uma conceituação em abstrato. É, pois, conceito indeterminado. Contudo, essa indeterminação não pode ser utilizada como forma ignorar essa novel garantia, relegando a uma regulamentação o dever de explicar o que deve se entender por duração razoável. Por força o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, é cabe aos aplicadores do direito o preenchimento do conteúdo de da garantia da duração razoável do processo, aferível de acordo com o caso concreto.

Buscando diretrizes a serem obedecidas para fins de preenchimento do conteúdo da garantia constitucional em comento, Luciana Nini Manete traz que a Corte Europeia dos Direitos Humanos concluiu que três critérios devem ser observados no caso concreto para a configuração da razoabilidade ou não da dilação temporal do processo: complexidade do litígio, comportamento dos litigantes e atuação do órgão jurisdicional⁶⁹.

⁶⁹ MANETE, Luciana Nini. **O princípio constitucional da celeridade do processo**. In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 488.

Do texto constitucional, é possível extrair que a duração razoável do processo atua sob duas vertentes: de um lado, exsurge como preceito impondo que o processo tenha curso célere, servindo como diretriz aos operadores do direito; e de outro lado, veicula a necessidade de adoção de meios que permitam essa célere tramitação, seja conferindo aos jurisdicionados a garantia de que possam utilizar-se de instrumentos com tal finalidade, seja impondo ao legislador o dever de aprimorar a técnica processual com instrumentos com tal finalidade.

No caso em estudo no presente trabalho, as tutelas de urgência aparecem como um desses remédios apto a conferir célere resposta, impedindo que o direito invocado pereça pelo decurso do tempo. É possível destacar sua atuação como instrumento em prol da celeridade sob dois aspectos.

Em primeiro lugar, as tutelas de urgência permitem que o Estado-Juiz confira a proteção ao direito invocado de forma tempestiva. Ainda que, em uma primeira análise as tutelas de urgência não tenham efeito de encurtar o lapso temporal que o processo percorrerá, essas têm plena aptidão de cortar os efeitos maléficos que o tempo exerce sobre o direito pleiteado.

Pode ser que o processo não se encurte, mas a resposta ao cidadão que procurou o Poder Judiciário com seus reclames com certeza será mais rápida, sendo suficiente, pois, para alcançar os objetivos da norma constitucional. Mister lembrar que não há “solução mágica” para a questão do tempo do processo, mas a disponibilização de instrumentos ao Estado-Juiz é que lhe permite conferir concretude à essa garantia. E nessa linha, as tutelas de urgência se mostram de grande valia, permitindo dar uma resposta célere ao jurisdicionado nas hipóteses em que essa celeridade se mostra indissociável do próprio direito. Ainda que não de forma definitiva, e com a marca da provisoriedade, a tutela estará sendo prestada celeremente, que é a finalidade da mencionada garantia constitucional. Conforme lição de Luciana Nini Manente:

[...] a melhor fórmula para que haja harmonia entre a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição é a utilização de medidas de urgência, de caráter provisório, que sejam aptas para evitar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos fundamentais⁷⁰.

Mas há outra face do papel que as tutelas de urgência exercem como instrumento em favor da duração razoável do processo que merece destaque. É que, enquanto atuam, como instrumento perspicaz justamente por sustar efeitos do tempo, ao mesmo tempo servir de incentivo ao réu

⁷⁰ MANENTE, Luciana Nini. **O princípio constitucional da celeridade do processo**. In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 495.

que colabore com a célere resolução. Com a prolação de decisão conferindo a tutela de urgência – mormente as tutelas de urgência patrimoniais – é o réu quem estará sofrendo os efeitos temporais, em razão da distribuição do ônus do tempo do processo ocorrida. Serve, então, como estímulo à parte adversa em contribuir para a finalização da querela.

Como destaca Américo Bedê Freira Júnior, em se tratando da duração razoável do processo "o direito pertence a ambos os litigantes, ou seja, tanto o autor como o réu podem postular o direito à razoável duração do processo"⁷¹. Essa perspectiva dúplice se mostra mais forte quando diante da tutela de urgência. Se por um lado permite uma célere resposta ao jurisdicionado quando a situação em concreto assim exigir, incute na parte adversa, que passará a sofrer os efeitos dessa tutela, a intenção de resolver esse estado de pendência, já que estará suportando os efeitos de uma decisão proferida com base em um juízo de cognição não exauriente. Assim, emerge como um incentivo à colaboração para um célere resultado final do processo.

Com efeito, essa dupla atuação das tutelas de urgência sob a ótica da duração razoável do processo, e não só como mera decorrência do princípio do (efetivo) acesso à justiça, permite concluir que também essa garantia constitucional autonomamente considerada tem papel na moderna conformação das tutelas de urgência.

1.2.4 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Analizados princípios que atuam no sentido de incentivar o manejo das tutelas de urgência, voltadas ao requerente dessas, não se pode olvidar que em favor do réu há importante princípio constitucional que o ampara: o direito ao contraditório. Serve, dessa forma, como medida a contrabalancear a potencialidade instrumental que a busca pela efetividade adquire, trazendo à questão de volta a preocupação também com o réu e com a segurança na decisão.

Tradicionalmente, o direito ao contraditório foi visto como uma relação de ação e reação. O contraditório estaria estabelecido na situação em que, ante a manifestação de uma parte, com

⁷¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Breve análise sobre o direito fundamental duração razoável do processo**. In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 468.

a cientificação de parte adversa e a abertura de oportunidade para essa se manifestar. Tal ideia ainda se mostra firme no atual contexto constitucional do processo. Todavia, ainda que correta, a mera conjugação do binômio informação-reação não se mostra suficiente para ilustrar a realização do direito ao contraditório.

O princípio do contraditório encontra-se no cerne do modelo constitucional de processo. A superação da ideia de que ao contraditório bastaria a possibilidade de resposta encontra amparo no princípio democrático. Como lembra Cândido Rangel Dinamarco, os atos de poder, provenientes de pessoas diferentes daquelas que sofrerão seus efeitos, extraem sua legitimidade da participação⁷². Daniel Mitidiero aponta ser esse pensamento consentâneo com a ideia de democracia participativa, que indica e incentiva a participação dos cidadãos no manejo do exercício dos poderes, de onde se extrai o contraditório como fator de legitimidade das decisões judiciais por possibilitar a participação mais efetiva na construção das decisões jurisdicionais⁷³.

O contraditório modernamente entendido impõe que seja assegurado também o direito de poder, efetivamente, influenciar o juiz na prolação da decisão; “o contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia de resposta, mas como direito de influência e dever de debate”⁷⁴. De mesmo modo, o juiz deixa seu papel de mero espectador, passando a também agir em busca de uma melhor decisão, e, via de consequência, submetendo-se também ao contraditório. Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, “é do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”⁷⁵.

Percebe-se, então, que a relação processual se abre para que o conteúdo decisório se dê mediante um efetivo diálogo entre as partes e o magistrado, alcançando um ideal de um processo colaborativo. Às partes é dada a oportunidade de apresentarem seus pontos de vista e também contra argumentar as posições da parte contrária; ao magistrado, além de considerar efetivamente esses posicionamentos na formação de sua convicção, também é dado ao juiz uma atitude mais ativa, com esboço no caráter publicista que o processo adquire. Não há que

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 517-518.

⁷³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil** - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos, 2. ed.. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 66-67.

⁷⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a.. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel . **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 517.

se falar em quebra de imparcialidade inerente ao exercício da jurisdição, mas sim tentativa de alcançar um ideal de justiça. Como destaca José Roberto dos Santos Bedaque, tal modo de agir se encontra nos deveres de o juiz conferir conteúdo substancial à igualdade das partes, assumindo a direção material do processo⁷⁶.

Todavia, esses poderes reconhecidos do magistrado impõem que esse também esteja submetido ao contraditório. A submissão do juiz ao contraditório significa que esse, mesmo que se utilizando de poderes para uma atuação mais ativa, deve sempre consultar as partes, sendo “absolutamente indispensável que tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para decisão da causa”⁷⁷. O dever de debate e o princípio da colaboração que advém desse debate acabam por auxiliar o magistrado na condução dos rumos do processo, permitindo um caminhar para se alcançar um resultado mais efetivo. Pode-se afirmar, portanto que:

O contraditório representa não simplesmente instrumento destinado às partes, mas, principalmente, instrumento operativo do juiz, imprescindível àquela adequada condução do processo⁷⁸.

Ao mesmo tempo em que serve de instrumento do juiz para a condução do processo, deve-se ter em mente que o contraditório impõe que tal condução se dê sob os olhares das partes, podendo-se afirmar, como o fez Hermes Zaneti Jr., “ser o direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz”⁷⁹.

Essa exigência é evidente quando se observa a nova conformação do princípio do contraditório, mormente no tocante à efetiva participação e influência nos provimentos de cunho decisório do processo. Decidir com base em algo não submetido ao debate implica, assim, violação ao contraditório na medida em que não foi assegurada às partes a possibilidade de influir quanto a esse ponto. O contraditório somente se dá quando há o debate do ponto objeto de decisão. Verifica-se então a conjugação da possibilidade (efetiva) de influência com o dever de debate como elementos que moldam o conceito de contraditório. José Roberto Bedaque dos Santos afirma que:

⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 96.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da Tutela** - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 121.

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.

⁷⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 184.

Não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo tratando-se das questões de ordem pública, cujo exame independe de provocação. O debate anterior à decisão é fundamental para conferir eficácia ao princípio⁸⁰.

Em uma primeira análise da formação do princípio do contraditório no modelo processual pátrio, é possível notar com a formulação de pretensão sob o pálio das tutelas de urgência, mormente quando se postula uma decisão sem que haja a oitiva da parte adversa. Como já desenvolvido, o grande embate envolvendo princípios constitucionais que atuam diretamente nas tutelas de urgência é justamente entre a efetividade do direito de ação (considerada também a questão da celeridade que deve ser conferida) e a segurança jurídica, obtida precipuamente com o exercício do contraditório.

Todavia, não há que se falar em concreta incompatibilidade e, via de consequência, desobediência, entre as tutelas de urgência e o princípio do contraditório. O que se verifica é uma adaptação quanto à forma de sua incidência, que se dá acordo com o caso concreto. O primeiro passo da conciliação entre contraditório e tutela de urgência é aferir a razão pela qual a esta é requerida. Nessas situações, entra em cena a necessidade de se aplicara técnica da ponderação, tendo como pedra de torque a questão do prejuízo: deve-se perquirir qual direito sofrerá maior impacto e qual das partes é capaz de suportar com melhor aptidão a mitigação de seu interesse.

Estando caracterizado que o contraditório cederá espaço para a efetividade do direito do postulante, para se falar na prolação de decisão sem a formação do contraditório prévio à decisão, é possível imaginar dois cenários. O primeiro, quando o mero decurso do tempo torna imprescindível a decisão de forma imediata, não sendo possível aguardar a formação do contraditório. Já o segundo cenário seria quando a ciência da existência de um processo levaria o réu à prática de atos que levaria à inviabilidade prática da efetivação do mandamento judicial. Nessas situações, é forçoso constatar que o contraditório cede espaço à efetividade do direito de ação.

Mas não se trata de retirar do réu seu direito ao contraditório. Nas situações em que há deferimento de tutelas de urgência sem a oitiva do réu, o que ocorre é o diferimento desse contraditório. Ou seja, a despeito de o magistrado já ter prolatado decisão que, em regra afetará a esfera jurídica deste, a aptidão de influenciar a formação da convicção do juiz

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 102.

permanecerá. O diferimento do contraditório impede que o réu atue de modo a inviabilizar a efetivação da decisão judicial, mas não impede a sua discussão e apresentação do ponto de vista do requerido. Não lhe é, portanto, tolhido o direito ao contraditório. Hermes Zaneti Jr. faz importante alerta ao reconhecer existência de diversas facetas do contraditório, dentre as quais está o contraditório diferido⁸¹.

Nessa linha, imperioso sempre ter em mente que para fins de prolação de decisão que concede a tutela de urgência, o requerente deve preencher determinados requisitos que indiquem certa plausibilidade de suas alegações, além de demonstrar as circunstâncias fáticas que autorizem a mitigação do contraditório, com a postergação de sua consolidação. Assim, a postergação da oitiva do réu se dá em razão de se pretender alcançar o primado da efetividade do direito de ação do autor, mas somente nos limites em que esse diferimento se mostrar necessário. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta que há que se avaliar, em um juízo de proporcionalidade, o prejuízo processual pela não observância imediata do contraditório e o provável prejuízo do autor do pedido de concessão de tutela de urgência, levando em conta ainda a probabilidade do direito alegado⁸². E conclui o professor gaúcho afirmando que:

Quanto mais funda for a intervenção da ordem judicial no patrimônio jurídico do demandado — como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para a prevenção do dano —, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório.

Não bastando o preenchimento de requisitos que autorizem a excepcionalizar a regra de que o contraditório é antecedente à decisão, uma das características das tutelas de urgência permitem concluir que ainda há marcas do contraditório em decisões dessa natureza: a modificabilidade/revogabilidade. Proferida decisão, aberta a palavra ao réu, caso esse apresente perante o juiz elementos que permitam concluir pela modificação da situação de fato que levaram à prolação da decisão, é permitido ao magistrado sua modificação e até mesmo sua revogação. Essa característica demonstra clara incidência do princípio do contraditório também em sede de tutelas de urgência, indicando ainda que o diferimento de sua concretização não macula sua finalidade. Mantida a possibilidade de influenciar eficazmente na formação da convicção judicial, o contraditório é atendido.

Não obstante a formação do contraditório diferido, o acesso às vias recursais apresenta-se

⁸¹ ZANETI JUNIOR, Hermes A **constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a.. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 183.

⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. Revista Forense, v. 342, p. 13-28, 1998. p. 22.

como um meio de se obter pronunciamento judicial que infirme a presença dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência. Nessa hipótese, ainda que não se trate de um contraditório pleno e nem perante o mesmo órgão jurisdicional, não há como afastar características inerentes ao contraditório: oitiva da parte prejudicada pela decisão urgente e possibilidade efetiva de influenciar o órgão julgador.

Constatada a presença do contraditório também em sede de tutelas de urgência, é possível perceber que, mais do que servir como um empecilho para sua concessão, o princípio do contraditório assume a função de moldar tais modalidades de provimento jurisdicional, apresentando um contraponto dialético ao pleito autoral, servindo como uma espécie de “freio” à pretensão autoral, tendo em vista que também que a garantia do direito de ação também tem como destinatário o réu, sob o suporte do que Eduardo Couture aponta como correlato direito à exceção⁸³ (ou, na terminologia adotada no Brasil, o direito à defesa).

1.2.5 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE TUTELLAS DE URGÊNCIA

Na exploração dos temas constitucionais alhures, procurou-se, em uma primeira aproximação, apresentar os princípios constitucionais conformadores da ideia moderna de tutela de urgência. Contudo, como observado, há clara colisão entre os princípios, sendo possível observar um contínuo duelo entre efetividade e segurança jurídica. É dessa colisão que se extrai a sistemática que deve ilustrar a aplicação das normas infraconstitucionais acerca da tutela de urgência. E essa colisão é até natural, haja vista refletir a situação em que estão os litigantes: de um lado, o autor quer a tutela de forma mais efetiva e célere, ao passo que o réu quer que a tutela seja analisada com grande parcimônia, analisando o caso posto detidamente para se prolatar uma decisão com plena segurança de que é a melhor para a hipótese. É justamente esse conflito, com base no que a sociedade almeja em certo momento histórico, que tem a aptidão de formatar o conteúdo constitucional das tutelas de urgência. E no meio dessa disputa, está o Estado-Juiz, que deve contrabalancear esses interesses, tendo em vista também a concreção da finalidade da jurisdição como instrumento de solução de

⁸³ COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**, tomo I: “La constitución y el proceso civil”, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1998. pp. 55-56

controvérsias que se pretende eficaz e, ao mesmo tempo, justo. Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “a harmonização desses valores conflitantes é necessária, visto que ambos são imprescindíveis ao sistema”⁸⁴.

Se houvesse a busca por apenas um desses objetivos, uma das partes da relação processual evidentemente ficaria em uma posição desprivilegiada. A exclusividade pela busca da efetividade levaria o réu a um estado de incerteza, dificultando a demonstração de seu direito, uma vez que a resposta rápida impede maior aprofundamento da investigação que se propõe o processo judicial. Por outro lado, a primazia da segurança encaminharia a demanda para um longo caminho em que, mesmo que acaso o direito do autor viesse a ser reconhecido, sua utilidade para o autor poderia ser limitada, tendo potencial de o réu se servir desse direito tão somente com o intuito de protelar uma situação que lhe será desfavorável, servindo ainda como meio de esse desestimular o acesso à justiça pelo autor. Como destaca Hermes Zaneti Jr, a efetividade do acesso à justiça e a segurança jurídica são os valores ideológicos subjacentes ao direito processual, que, antes de se contradizerem, se complementam, sendo aplicados por ponderação, ressaltando que naquela, há maior apego ao direito material, ao passo que nessa prepondera um apego à literalidade das normas, decorrente de um paradigma legalista. E conclui que já se prescinde de soluções postas *prima facie*, mas, em contrapartida, exige-se maior controle da construção da solução a ser dada⁸⁵.

Verificado que nos casos em que se mostra viável a concessão de tutela de urgência – mormente as de natureza patrimonial – a tensão entre efetividade e segurança é indissociável, aferir qual valor deve preponderar no caso concreto implica na análise do direito material tutelado e, mais especificamente, na análise do fundamento constitucional que estará em jogo.

Do lado do réu, em regra se tutelará seu direito à propriedade e liberdade, na medida em que uma decisão urgente acarretará uma limitação a seu patrimônio ou à sua liberdade de agir. Do outro lado, mostra-se imprescindível avaliar se o direito do autor mantém fundos constitucionais que devam prevalecer sobre a liberdade e propriedade do réu. Como observa José Roberto dos Santos Bedaque, a adoção da técnica necessária à concessão (decisão mediante cognição sumária e diferindo o contraditório) da tutela de urgência se justifica em

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94.

⁸⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo** - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 172-173.

função das circunstâncias inerentes ao direito material⁸⁶.

Essa análise e harmonização entre os princípios constitucionais que entrem em conflito quando da concessão (ou não) de tutelas de urgência é feita mediante a técnica da ponderação. Ao conferir status de direito fundamental, o constituinte apontou que esses dois direitos possuem grande relevância, devendo, assim, serem protegidos e tendo sua aplicação potencializada ao máximo. A relevância dos direitos fundamentais – e, em especial dos envolvidos nessa potencial colisão – como pilares do ordenamento jurídico pátrio, por sua vez, impede que se obtenha de antemão a resposta sobre qual deve prevalecer, haja vista que direitos dessa natureza devem ser conservados o quanto possível. Nessa esteira, impõe-se a aplicação da técnica de ponderação, a fim de que, analisando o caso concreto, extraia-se qual direito deve prevalecer e até que ponto o outro deve ser afastado. Privilegia-se o exercício do processo de ponderação em que se evita a atribuição de primazia absoluta a um ou outro princípio, esforçando-se para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que uma sofra atenuação, em consonância com o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual “não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles, ou lhe retira a sua substância elementar”⁸⁷. Diante do conflito com bases principiológicas semelhantes o juízo de ponderação deve se dar analisando as peculiaridades o caso concreto.

No juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.⁸⁸

André Rufino do Vale, com base nos ensinamentos de Robert Alexy, destaca o ponto básico para a ponderação:

Para a ponderação de princípios, Alexy formula a seguinte lei, chamada de lei da ponderação: “Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Assim, de acordo com a lei da ponderação, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95.

⁸⁷ ZAVASCKI, Teori. A. . **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. Ajuris (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 64, p. 395, 1997. p. 399.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 380.

outro princípio.

A lei da ponderação constitui o método de fundamentação para os enunciados que estabelecem as relações de preferência condicionada entre os princípios. A racionalidade da ponderação depende dessa fundamentação.⁸⁹

Partindo da lei da ponderação expressa por Alexy, e diante da tentativa de harmonização entre efetividade e segurança, entra em cena a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. André Rufino do Vale traz bem essa relação entre ponderação e proporcionalidade:

Esse relacionamento com o princípio da proporcionalidade baseia-se na própria definição dos princípios. Como mandatos de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os subprincípios da adequação e necessidade implicam que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, é dizer, a medida de seu cumprimento depende dos princípios que jogam em sentido contrário. Trata-se, neste caso, de ponderação de princípios em conflito. A ponderação será indispensável quando o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro, ou seja, quando um princípio somente puder ser realizado à custa de outro princípio.⁹⁰

Com vistas à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para fins de concessão de tutelas de urgência, deve-se perquirir se as medidas urgentes adotadas atende aos subprincípios da proporcionalidade. Necessário, portanto, que a tutela de urgência deferida utilize-se dos meios adequados à finalidade a que se propõe, ou seja, resguardar a efetividade de eventual decisão favorável (adequação); se a forma como se dará sua efetivação é realmente necessária, ou se haveria alguma outra forma de se alcançar o resultado pretendido (necessidade); e se eventual incursão na esfera patrimonial ou de liberdade do réu dar-se-á em um nível muito além daquele que se mostraria suficiente para a finalidade de se conferir efetividade ao acesso à justiça do requerente (proporcionalidade em sentido estrito).

Desta feita, fica claro perceber eventual conflito entre efetividade da tutela jurisdicional e segurança jurídica relativa a essa tutela deve ser resolvido de acordo com o caso concreto, inexistindo – e até mesmo repelindo – soluções legislativas que resolvam tal questão de forma satisfatória. Desta forma, é principalmente com fundamento na base constitucional subjacente aos interesses contrapostos que devem ser analisado se eventual empecilho é válido – constitucional – ou não, mostrando-se imperativo também a decisão que julga pedido de tutela

⁸⁹ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 70.

⁹⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 70.

de urgência se dê em consonância com os princípios constitucionais que inspiram a matéria – seja no tocante à própria índole constitucional das tutelas de urgência, seja quanto ao direito material a ser tutelado.

2 ASPECTOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tomando como base o ordenamento jurídico pátrio, o estudo da responsabilidade civil se mostra como de grande importância. O convívio em sociedade pressupõe que cada indivíduo possui sua esfera de direitos e que essa deve se manter incólume de violações, salvo existente justo motivo ou determinação legal. Sem adentrar nessas hipóteses excepcionais, é possível destacar que o respeito entre os indivíduos é o pilar que sustenta as sociedades modernas.

Da mesma forma que esse respeito mútuo surge como necessário à manutenção do convívio em sociedade, é inegável que também desde muito tempo esse convívio gera conflitos. A responsabilidade exsurge justamente diante de situações de quebra dessa ordem que se espera. José de Aguiar Dias traz muito bem a responsabilidade como a situação de quem, violando uma norma, fica exposto às consequências advindas desse ato⁹¹. Tomando como base tal definição, é possível identificar várias espécies de responsabilidade, conjugando o tipo de norma violada e as consequências previstas. Assim, fala-se em responsabilidade penal, quando se viola normas penais com consequências penais; responsabilidade administrativa, quando há violação de normas administrativas com consequências de ordem administrativas; e, de cunho residual, a responsabilidade civil, nascida de violação de uma norma que não segue as demais, e cuja consequência resulta em uma obrigação de cunho civil⁹². Essas três modalidades de responsabilidade são autônomas e independentes, sendo possível que um mesmo ato dê ensejo às três modalidades de responsabilidade.

O bem jurídico tutelado nessas modalidades de responsabilidade também é elemento distintivo. É notável que na responsabilidade penal a preocupação é depositada na proteção da sociedade contra atos de tal reprovação social que a consequência afeta o *status libertatis* do indivíduo; preocupa-se, pois, com a incolumidade da sociedade. A responsabilidade administrativa, por sua vez, tem como alvo de preocupação a incolumidade da Administração, demonstrada nas consequências que envolvem a relação entre o violador da norma e o Estado. Já no tocante à responsabilidade civil, o elemento que se tem como principal é a causação de

⁹¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 3.

⁹² Nesse primeiro momento não se cuidará da distinção entre a responsabilidade processual civil e a responsabilidade civil. As semelhanças entre essas duas espécies de responsabilidade, o que por tanto tempo importou em um tratamento unificado permite que, sempre ressaltando a efetiva distinção, o estudo unificado não implique em conclusões errôneas. A distinção será tratada em espaço próprio, quando o distanciamento entre essas duas modalidades passará a ter efeitos em relação às conclusões finais do presente trabalho.

dano a indivíduo por parte de outro indivíduo⁹³ e sua reparabilidade. É a responsabilidade civil que será objeto de análise no presente trabalho.

2.1 FONTES DA RESPONSABILIDADE

Quando se fala em responsabilidade civil, a busca por sua fundamentação passa sempre pela proibição de ofender direito alheio, também conhecida como *neminem leadere*. Pontes de Miranda, após destacar que tal princípio pressupõe uma determinação concreta do que seria “meu” e “teu”, assevera que “o que se induz da observação é que todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento”⁹⁴. Sob essa ótica, destaca-se a abstenção de causar danos a outrem como a norma de conduta a ser obedecida. E nesse ponto, verifica-se claramente distinção da responsabilidade penal, na medida em que nessa é constatada a tipicidade da conduta geradora da responsabilidade, ou seja, somente exsurge quando determinado dever de conduta expressamente previsto é violado, ao passo que, em se tratando da responsabilidade civil, não há essa tipicidade; a vedação é à prática de qualquer ato do qual ocorra a consequência danosa.

Percebe-se, pois, que a responsabilidade civil tem como origem justamente a quebra de um dever geral de conduta. A análise do tipo de dever de conduta fora violado leva a duas origens: a responsabilidade pode ser contratual, quando o dever de conduta violado tratar-se de cláusulas contratuais, ou seja, quando o dever de não causar danos decorrer da inobservância de estipulações formuladas com base na autonomia – e consequente; e pode ser extracontratual (ou aquiliana), quando o dever de conduta violado for o dever geral de não causar dano, inexistente, no particular, influência da vontade dos sujeitos no aparecimento da futura obrigação (obrigação de reparar o dano). Naquela, há uma relação jurídica preexistente, ao passo que nessa a relação inexistente, surgindo com a relação jurídica de responsabilidade. A despeito de autores ainda defenderem a distinção entre responsabilidade contratual e

⁹³ O termo “indivíduo” está sendo utilizado como forma de distinguir da coletividade, uma forma de recortar da sociedade aquele que causou e aquele que sofreu o dano. Não se nega, assim, nem mesmo a possibilidade de pluralidade em qualquer dos polos da relação de responsabilidade, muito menos que entes públicos também possam ocupar qualquer dos polos.

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 1. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2008. Tomo 53, p. 31.

responsabilidade extracontratual⁹⁵, há uma tendência à unificação dessas duas modalidades de responsabilidade, uma vez que os elementos comuns terem mais relevância ao tema que as distinções, sendo o Código de Defesa do Consumidor um exemplo dessa unificação, notável pelo tratamento da responsabilidade sem distinguir a origem do dano a ser reparado^{96,97}.

O surgimento da responsabilidade, como já explanado, decorre da violação de um dever de conduta consistente em não causar danos. Por aparecer tão somente com essa violação, fica claro que a norma que institui a responsabilidade é uma norma secundária, que aparece para o direito apenas quando ocorrida a violação de uma norma primária. As regras de responsabilidade civil se encontram no consequente da norma que estabelece o dever de conduta correspondente à proibição de se causar dano a outrem.

Essa análise sob o prisma deontológico permite identificar um caráter sancionatório da responsabilidade, mormente se colocado sob o prisma. Explica-se, assim, a prevalência da culpa como elemento da responsabilidade civil em seus primórdios; só faria sentido sancionar alguém caso a atuação desse tivesse algum elemento volitivo no agente. Sem tornar inválida a análise da responsabilidade sob o prisma normativo, percebe-se que hodiernamente a preocupação volta-se mais à reparação do que à sanção propriamente dita. Mas o esquema da responsabilidade visto como uma consequência da violação ao dever de não causar dano (e não apenas com uma sanção em seu sentido mais estrito) é plenamente aplicável à modalidade de responsabilidade objetiva. Reduzindo a norma instituidora de responsabilidade a uma linguagem mais aproximada da linguagem formalizada, afirma-se que, é vedado aos indivíduos causar dano a outrem; inobservada a proibição de não causar dano a outrem, surge, como consequência, a responsabilidade civil (obrigação de reparar o dano).

Para o surgimento da responsabilidade civil é despidendo qualquer ato de vontade. É possível até se afirmar que a responsabilidade surge "contra" a vontade daquele que se encontra no polo passivo. A forma como surge a responsabilidade civil permite concluir ser essa um dever jurídico sucessivo. A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, uma vez surgir apenas quando da violação de um dever jurídico anterior (em regra, um dever de conduta consistente

⁹⁵ Por todos, citamos RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 37-39.

⁹⁶ Essa unificação é defendida por Flávio Tartuce, com apoio em abalizada doutrina (*in* TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** - volume único. 1. ed. São Paulo: Método, 2011. pp. 394-395)

⁹⁷ Nesse ponto, e ainda com base nessa tendência à unificação, imperioso estabelecer um corte metodológico, destacando a responsabilidade aquiliana. Não se nega a importância do estudo da responsabilidade contratual, mas, para o presente trabalho, a responsabilidade extracontratual é que trará mais elementos a corroborar as conclusões a serem apresentadas.

em não causar dano a outrem). Sua visualização como um dever sucessivo fica evidente quando analisado que sua consequência é a imputação de uma obrigação de reparar o dano causado, ou seja, o retorno ao *status quo ante*. Como destaca Sérgio Cavalieri Filho, “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁹⁸.

Analisando a responsabilidade sob a perspectiva das fontes de obrigação trazidas pelo Código Civil (títulos I, II e III do Livro III da Parte Geral)⁹⁹, a distinção entre a responsabilidade e a obrigação livremente contraída se mostra latente. A regra de responsabilidade, como consequente da norma de conduta (seja um dever geral de não causar danos, seja um dever assumido mediante declaração de vontade), só aparece quando aquela regra de conduta é violada, ao passo que as obrigações contraídas com base na vontade humana (seja um acordo de vontade, seja pela aceitação voluntária das consequências postas na lei) surgem já nesse ato. Sérgio Cavalieri Filho precisamente descreve que “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo”^{100,101}. Por outro lado, incorrendo a responsabilidade e surgido a obrigação de indenizar, estamos diante de uma obrigação independente, autônoma em relação à obrigação anteriormente existente e inadimplida.

Ainda na distinção entre obrigação e responsabilidade, aquela refere-se ao dever jurídico a ser obedecido, ao passo que essa refere-se à possibilidade de o sujeito ativo exigir compulsoriamente o adimplemento da obrigação de reparação do dano.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Superada a análise da violação do dever de não causar danos como a fonte precípua da responsabilidade civil, o ponto seguinte a ser enfrentado acerca dessa temática diz respeito aos pressupostos da responsabilidade. Nesse particular, busca-se aferir quais elementos devem

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁹⁹ Os mencionados títulos trazem como fontes de obrigações os negócios jurídicos (aqueles celebrados por meio de acordos de vontade), os atos jurídicos (aqueles que a lei determina os efeitos, limitando a vontade do agente à prática do ato) e os atos ilícitos.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.2.

¹⁰¹ O termo obrigação utilizado por Sérgio Cavalieri Filho diz respeito àquele dever originado da vontade humana, seja, nos termos utilizados pelo Código Civil, ante um negócio jurídico, seja ante um ato jurídico.

estar presentes para que e possa falar na existência de relação jurídica a ser formada entre autor do dano (futuro devedor) e vítima (futura credora). Assim, uma vez constatada a presença do dano, da conduta danosa, do nexo de causalidade entre conduta e dano e (eventualmente) elemento volitivo na prática da conduta danosa, é possível confirmar o surgimento da responsabilidade civil e correlato dever de reparar o dano.

2.2.1 O DANO

Como foi largamente destacado inicialmente, o dever de conduta que, se violado enseja a responsabilidade é o de não causar danos. Ainda que o ato que dê origem à responsabilidade civil em certos casos seja expressamente previsto em lei, só há que se falar em responsabilidade ante a efetiva constatação de dano¹⁰². Uma atuação que não gere prejuízos ao agente passivo de eventual ato ilícito, ainda que passível de gerar outras modalidades de responsabilidade, não tem aptidão a originar a responsabilidade civil e, via de consequência, é indiferente ao direito civil. Por mais reprovável que seja eventual conduta, sem a constatação de consequente dano, não há responsabilidade civil. Dessa forma, é possível afirmar ser o dano o cerne da responsabilidade civil. Nas palavras de Arnold Wald, “o dano é verdadeiramente a pedra angular para a configuração da responsabilidade civil”¹⁰³.

Tal conclusão é até bem simples de se alcançar. A responsabilidade civil tem como finalidade precípua o retorno a um estado anterior existente. Da responsabilidade exsurge a obrigação de reparar o dano. Os demais pressupostos da relação jurídica formada fazem menção sempre aos sujeitos dessa relação. Mas o que une esses sujeitos, efetivamente, é a obrigação que surge. Sob essa perspectiva, alcança-se à conclusão de que é o dano ponto em comum entre os polos da relação jurídica, unindo-os e conferindo relevância para o Direito.

¹⁰² É nesse intuito, inclusive, que fora dada ênfase na violação ao dever de não causar danos como a fonte da responsabilidade civil em detrimento da utilização do próprio termo adotado pelo legislador, que se refere ao ato ilícito como aquele praticado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia (artigo 186) que cause dano. A nomenclatura utilizada nesse trabalho tenta abordar a ilicitude do ato sob o prisma do dever de reparar o dano, sem se aproximar da questão do elemento volitivo do agente. Para se falar em dano não precisa necessariamente haver ilicitude do ato, esta entendida no sentido de antijuridicidade (v.g. na responsabilidade objetiva). Daí que é importante destacar a eventual conduta a ser considerada causadora do dano como a inobservância de um dever geral de abstenção de causar dano.

¹⁰³ Wald, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 78.

Ainda com base na finalidade da responsabilidade civil é possível aferir o destaque que o dano tem para esse instituto jurídico. Assim, o retorno ao *status quo ante* preconizado pela responsabilidade impõe a existência de duas situações: uma originária e outra modificada. Essa diferença, como será detalhado mais a frente, é justamente o dano. E é da existência dessa modificação, e da tentativa de voltar ao estado originário que exsurge o dever de indenizar, ou seja, a mencionada modificação faz surgir uma obrigação de tornar indene aquele que a sofreu. Nesse sentido, o artigo 927 do Código Civil e seu parágrafo único preveem que àquele que causar dano a outrem surge a obrigação de repará-lo¹⁰⁴. Assim, não só o aparecimento do dano (e o consequente surgimento do dever de indenizar) serve como elemento de ligação dos polos da relação jurídica que se forma, como também é a própria razão do surgimento da mencionada relação.

A moderna civilística vem aceitando situações em que a ausência de algum dos pressupostos possa ser relevada para fins de configuração da responsabilidade. Apenas a presença do dano, contudo, não é possível de ser dispensada. José de Aguiar Dias afirma que

[...] a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência do dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar¹⁰⁵.

Em verdade, esse abrandamento na exigência de outros pressupostos tem lugar justamente pelo reforço de importância que o dano (mais precisamente na reparabilidade do dano) vem recebendo. O dano, que sempre foi o cerne da responsabilidade, hodiernamente ganha maior importância, na medida em que o foco da responsabilidade vem, paulatinamente, transferindo-se da culpabilidade em causar o dano para sua reparação propriamente dita.

O dano é o centro das atenções em se tratando de responsabilidade civil, mas há uma hipótese considerada como exemplo de responsabilidade sem dano: é a previsão do artigo 416 do Código Civil¹⁰⁶, que expressamente dispõe acerca da desnecessidade de invocação de prejuízo para exigibilidade da penalidade prevista contratualmente. Contudo, como se percebe, essa hipótese trata-se de situação de responsabilidade civil contratual, e que surgem pelo acordo de

¹⁰⁴ Não se está ignorando que a previsão do *caput* do artigo 927 do Código Civil prevê que o dano que gera o dever de indenizar é aquele causado pela prática de ato ilícito. Mas, para fins metodológicos, o elemento volitivo (que também será examinado no presente trabalho) foi desconsiderado, a fim de conferir foco no dano propriamente dito. A consideração ou não do elemento volitivo, nesse ponto não altera as conclusões que se alcançam, mas a forma adotada na espécie assim está sendo feita de modo a manter maior coerência com a totalidade do trabalho.

¹⁰⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 819.

¹⁰⁶ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

vontade. Ou seja, os contratantes estipulam, com base na autonomia da vontade, situações que, *de per si*, autorizam a invocação da penalidade acertada. Verifica-se, pois, marcante caráter punitivo, servindo precipuamente à manutenção das tratativas e da celebração do contrato, além de obediência às estipulações, estando a serviço do princípio da força obrigatória dos contratos, afastando-se assim daquela finalidade originária da responsabilidade civil.

Já outras situações – como no caso dos juros moratórios – em que, a princípio, também não se exige a presença do dano, o que ocorre não é o afastamento do dano como pressuposto da responsabilidade, mas sim a concepção do chamado “dano presumido”, situação em que não se mostra necessária a demonstração desse – nem mesmo sua arguição – para que o Direito confira relevância jurídica. É questão probatória propriamente dita, tendo a lei o papel de asseverar que diante determinadas situações fáticas, a existência do dano não pode ser ignorada e nem mesmo afastada.

Entendida a relevância que o dano tem para o estudo da responsabilidade civil, questão que se põe é acerca de sua definição. Essa discussão, sem dúvidas, sofre influência do conteúdo do que a ser definido. Explicamos. Por muito tempo entedia-se o dano apenas como o que hoje é denominado dano patrimonial. Ou seja, negava-se a existência do dano moral – e, mais ainda, de novos danos que modernamente já são aceitos. Com base nesse referencial, a conceituação de dano também somente perpassava o dano patrimonial, acarretando, por óbvio, em um conceito meramente patrimonialista. Assim, o dano era conceituado como a diminuição patrimonial suportada pela vítima do evento danoso. Ideia essa, pois, muito associada à ideia de prejuízo concreto, quantificável.

Por sua vez, a plena aceitação de danos sem cunho patrimonial, ou seja, danos que atingem diretamente o indivíduo e não seu patrimônio¹⁰⁷ trouxe a necessidade de se repensar o conceito de dano, ampliando-o na mesma medida em que as consequências dos atos ilícitos também tiveram seu espectro ampliado. E essa ampliação também teve guarida no momento em que a questão do dano já não se restringe apenas a um indivíduo (ou reunião de indivíduos bem determinada), mas alcança, outrossim, a coletividade ou parcela dessa (mas sem

¹⁰⁷ Nesse ponto vale o destaque que o dano ao indivíduo aqui considerado é aquele não quantificável monetariamente, aquele que transcende o mero valor em pecúnia. Assim, um dano pessoal pode assumir tanto um caráter patrimonial quanto um caráter extrapatrimonial. O caráter patrimonial (sempre aceito pela civilística) corresponde à projeção pecuniária que o dano impinge, ou seja, os valores monetários equivalentes aos danos causados e necessários para afastá-los. Já o caráter extrapatrimonial – o que se está abordando –, não é quantificável monetariamente, sendo qualquer valor a esse título meramente compensatório (e não reparatório).

determinação outrora exigida), como é o caso do chamado dano moral coletivo, bem como aspectos do dano moral individual – o caráter pedagógico do dano moral não tem como alvo a relação jurídica formada, mas sim a tentativa de que surjam novas relações de responsabilidade civil; projeta-se, portanto, para o futuro e para toda a sociedade.

Devendo também abarcar danos de natureza não patrimonial, a definição de dano deve superar a de mero decréscimo patrimonial (mas deve também poder abarcá-la - por em rodapé). José de Aguiar Dias, ainda que não a adotando, traz a ideia de Carnelutti, indicando ser o dano a lesão a um interesse que deva, de acordo com a ordem jurídica, ser evitada ou reparada¹⁰⁸. Mas, partindo da noção de dano restrita à ideia de prejuízo, define o dano como sendo “o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio”¹⁰⁹.

Essas duas concepções de dano denotam a existência de uma distinção entre o que Arnaldo Wald apresenta como o dano em sua dimensão abstrata e concreta, respectivamente¹¹⁰. Nessa, a ideia de prejuízo é mais marcante, podendo, inclusive, ser resgatada a concepção, *mutatis mutandi*, do dano como diminuição. Por sua vez, na dimensão abstrata, o que se destaca é a violação ao direito, podendo se falar em uma visão mais jurídica do fenômeno, relegando suas consequências materiais a um outro plano da responsabilidade.

O direito pátrio pende para a adoção de uma visão mais material do fenômeno do dano, como sendo a lesão a interesses juridicamente relevantes que acarrete como consequência algum prejuízo. O interesse juridicamente relevante é importante, mas não é o único componente do dano. A preocupação reside justamente na consequência dessa lesão. E que essa lesão possa ser qualificada como contrária ao direito.

Acerca dessa perspectiva, Anderson Schreiber apresenta contundente crítica, indicando a necessidade de se promover a distinção entre o dano em sentido jurídico do dano em sentido material, apontando que essa identidade provoca sérias consequências quando diante de danos não-patrimoniais, mormente quando se depara com o subjetivismo que eventual aferição e

¹⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 820-821.

¹⁰⁹ ¹⁰⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 821.

¹¹⁰ Wald, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 79.

arbitramento de danos morais pode acarretar situações discrepantes¹¹¹.

Desta forma, voltado à ideia de Carnelutti do dano como violação de interesse juridicamente relevante, ainda que exposta em início do século XX, percebe-se a modernidade de seu pensamento, principalmente diante da evolução da responsabilidade civil, permitindo uma melhor compreensão dos novos danos (incluindo aqui também o dano moral), que não são matematicamente calculáveis (sendo apenas arbitráveis) e nos quais a ideia de prejuízo pode servir como empecilho a uma adequada reparabilidade. O foco passa a ser o próprio surgimento da relação jurídica de responsabilidade em sua gênese, limitando o alcance das consequências materiais da violação do interesse juridicamente relevante a critérios de liquidação dos danos.

Mas apenas a configuração do dano não significa dizer automaticamente ser esse indenizável. Para se atribuir tal característica, imprescindível o preenchimento de alguns requisitos. O primeiro deles é justamente a existência da violação do interesse juridicamente relevante, conforme já delineado alhures. Não é o único, contudo.

Outro requisito imprescindível para que se possa falar em dano indenizável é a certeza. Não que o dano tenha eu ser atual. Da mesma forma que o dano pode ser pretérito, é possível também que haja uma projeção para o futuro dos efeitos da conduta que gerou o dano. O atributo da certeza aparece como oposição a um dano hipotético ou eventual – aquele que, apesar da possibilidade de ocorrer, não e apresenta de forma precisa, mas apenas por base em conjecturas. Pode até parecer que diante de algumas modalidades de dano o requisito da certeza ao esteja presente, como, por exemplo, no dano moral (em que não há dano materialmente visível e que eventual lesão poderia ser variável de indivíduo para indivíduo, significando dizer que ara alguns haveria dano indenizável e para outros não) modernamente, no chamado dano pela perda de uma chance. Todavia, esse questionamento se esvai quando se tem em mente nessas modalidades de dano há efetiva lesão a direito alheio, estando a dificuldade apenas no tocante à liquidação (ou seja, o *quantum debeatur*), momento posterior, portanto, à aferição da reparabilidade do dano (o *an debeatur*).

A discussão acerca da certeza do dano ganha força quando se tratando do dano material, em que sua constatação é matemática, decorrente da diminuição patrimonial sofrida. O que se

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Ed. Atlas. São Paulo, 2009. p.104.

procura evitar quando se exige que o dano seja certo são pleitos indenizatórios com base apenas em um dano em abstrato.

Também exsurge como requisito para o dano indenizável a subsistência do dano, ou seja, quando se pleiteia a reparação o dano ainda deve existir, ou seja, que ainda não tenha sido reparado por aquele sobre quem recairá a responsabilidade. Importante demarcar que, quando a vítima repara o dano às suas expensas, não há o desaparecimento dessa subsistência. Ocorre tão somente a transformação da obrigação em seu equivalente pecuniário correspondente às despesas para a recomposição do *status quo ante*, persistindo a relação jurídica de responsabilidade civil.

2.2.1.1 O dano patrimonial

O dano patrimonial é o que se tem maior facilidade conceitual. Também denominado dano material, está presente desde os primórdios do estudo da responsabilidade, sendo facilmente entendido como o prejuízo causado à vítima pelo agente causador do dano. É marcado pelo decréscimo patrimonial (ou impedimento ilegítimo a um acréscimo esperado) e matematicamente apurável. Para se falar em decréscimo patrimonial é imprescindível que se tenha em mente seu significado como sendo o conjunto de bens economicamente úteis à disposição do indivíduo (aquele que será a vítima do dano), como bem lembra José de Aguiar Dias¹¹². Esses bens devem ser considerados em seu valor econômico e havendo redução econômica desses bens e direitos, configurado está o dano material.

Esses bens, com já destacado, não são, necessariamente, bens corpóreos. O direito autoral é exemplo de direito apreciável economicamente e que não resta materializado fisicamente. O elemento-chave, em se tratando de dano patrimonial, como se percebe, é a idoneidade para a satisfação de uma necessidade econômica e aptidão de ser usufruível, como bem lembra Arnaldo Rizzardo¹¹³. Em suma, o interesse tutelado pelo Direito, nessas situações, é o econômico bem como a disponibilidade, por parte da eventual vítima, de seus bens e direitos.

¹¹² DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 824.

¹¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 15.

A princípio¹¹⁴, percebe-se essa economicidade do dano patrimonial da leitura do artigo 944 do Código Civil, que expressamente determina que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Tem-se, portanto, a identidade entre o dano sofrido e a necessária indenização suficiente para a recomposição do dano. A economicidade, desta feita, é o elemento central para a quantificação do dano patrimonial, sendo esse obtido, conforme lição de José de Aguiar Dias, “mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o e que possivelmente existiria se o dano não tivesse sido produzido”¹¹⁵. Importante destacar que, sem fugir da definição de dano já apresentada no presente trabalho, o dano propriamente dito é a lesão ao interesse juridicamente relevante, ao passo que o que se obtém do confronto entre patrimônio antes e depois do dano (ou seja, antes e após a violação do interesse) é a quantificação do dano patrimonial.

Por seu turno, essa variação econômica que quantifica o dano material pode se dar em dois momentos, ou duas dimensões temporais: pode ser atual ou pode ser futura. Quando atual, é o chamado dano emergente (*damnum emergens*); quanto postergado no tempo, lucros cessantes (*lucrum cessans*).

O dano emergente é aquele aferível da imediata confrontação entre a situação patrimonial antes e depois do evento danoso. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”¹¹⁶. Sua aferição, *a priori*, não apresenta dificuldades¹¹⁷, sendo necessária apenas a comprovação da diferenciação situação patrimonial antecedente posterior ao evento danoso. Em se tratando de danos emergentes, a demonstração deve ser precisa, devendo compor eventual indenização apenas aquilo que tiver sido efetivamente perdido (e comprovado, por óbvio). Essa precisão se mostra necessária na medida em que a finalidade da responsabilidade civil é a restauração do *status quo ante*, e essa restauração somente é alcançada caso a indenização corresponda à lesão. Essa equivalência, se não faz retornar faticamente ao estado anterior (afinal, é possível

¹¹⁴ Diz-se a princípio porque outros dispositivos apresentam regras excepcionadoras da correspondência entre o dano e a indenização (ou seja, os valores econômicos a serem conferidos a vítima correspondem aos valores “diminuídos” de seu patrimônio), regras essas previstas com base em princípios informadores do código civil, mas que não infirmam a identidade entre a diminuição patrimonial sofrida (e que, por isso, deve ser reparada) e o dano. Também não se olvida que tal previsão, quando incidente em outras espécies de dano, perde seu caráter matemático, passando o aplicador do direito a utilizar critérios outros que não o meramente econômico, pontuado precipuamente na razoabilidade.

¹¹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 824.

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

¹¹⁷ Eventual dificuldade na demonstração do dano emergente se situa no campo da prova. Ou seja, se a vítima teve meios para comprovar suas alegações. Mas, o que deve ser comprovado (repita-se, sem valorar a questão do acesso aos meios de prova) cinge-se à diferença entre a situação anterior e a situação posterior ao evento danoso.

que o bem atingido não possa ser consertado, ou que eventual conserto supere o valor do bem), ao menos economicamente recompõe o patrimônio da vítima.

Se o dano emergente é a imagem atual do dano sofrido pela vítima, os lucros cessantes podem ser vistos como a projeção para o futuro das consequências decorrentes do evento danoso. Não consiste em efetiva e atual perda, mas sim no perecimento, em consequência do evento danoso, de acréscimo patrimonial que se esperava. Ou seja, o decréscimo patrimonial é "postergado para o futuro", sendo possível de se falar que, no futuro, caso não ocorrido o evento danoso, a vítima teria certo acréscimo patrimonial que comporia seu patrimônio em determinado momento. Contudo, em razão do evento danoso, esse patrimônio futuro ficará "desfalcado", restando apenas o patrimônio atual (que, naquele momento futuro, seria pretérito). Assim, essa diferença entre o patrimônio potencial e o real é indenizável. Não se trata de lucros hipotéticos, mas de lucros cuja expectativa de obtenção é real, sendo, portanto, juridicamente relevantes. Sérgio Cavalieri Filho define lucro cessante como a “perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”¹¹⁸.

Nessa esteira, entra em cena a expressa previsão legal de utilização de critérios de razoabilidade para determinação do *quantum debeatur* a título indenizatório. Não que se inexistente tal previsão a razoabilidade seria deixada de lado; o foco dessa previsão se encontra justamente no campo probatório. É tarefa hercúlea a demonstração precisa do quanto se deixou de ganhar como decorrência de um evento danoso.

Ao contrário do dano emergente, que é aferível mediante meros critérios matemáticos e, por se tratar de fatos pretéritos, possui maior precisão, no caso dos lucros cessantes os eventos a serem apreciados são futuros, significando dizer que a análise se dá com base em meras expectativas e probabilidades. Não é possível afirmar com plena certeza quanto a vítima teria de acréscimo patrimonial caso não ocorrido o evento danoso. O que é possível é trazer elementos que permitam, mediante juízos de probabilidade, alcançar um valor provável do que se deixou de lucrar. Mas, conforme lembra José de Aguiar Dias,

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto¹¹⁹

É nesse ponto que entra a razoabilidade. Não bastam meras projeções - essas são de extrema importância. Somada a essas, deve o magistrado, utilizando-se dos já mencionados critérios de razoabilidade, identificar o valor do possível acréscimo. Não se trata de puro arbitramento, sendo percebido que a questão probatória dos lucros cessantes consiste em apresentar elementos que embasarão esse juízo de razoabilidade, sendo despicienda a precisão matemática exigida do dano emergente.

Essa distinção é clara quando analisado o artigo 402 do Código Civil¹²⁰, onde se lê que a indenização referente ao dano emergente abrange o que efetivamente fora perdido, ao passo que, em relação aos lucros cessantes, se contenta o legislador com a razoabilidade do que não se lucrou.

2.2.1.2 O dano extrapatrimonial

Como é possível depreender da própria denominação, no dano extrapatrimonial não afeta bens economicamente apreciáveis, mas sim bens intrinsecamente relacionados ao indivíduo. É o chamado dano moral. Nesse ponto, verifica-se que a sinonímia entre dano moral e dano extrapatrimonial aparece em um contexto em que se estava iniciando o processo de reconhecimento da existência de um dano que não tinha qualquer relação com uma efetiva diminuição patrimonial, mas sim com uma violação a bens concernentes à própria ideia do homem em si considerado.

Por muito tempo existiu a discussão acerca de existência ou não de dano de natureza não patrimonial. Em resumo¹²¹, a despeito da existência de uma série de teorias (Pontes de Miranda elenca seis teorias¹²²) seria possível enquadrar as teorias em duas linhas: uma linha

¹¹⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 827.

¹²⁰ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹²¹ A discussão acerca da existência ou não do dano moral possui apenas interesse histórico, haja vista o encerramento peremptório desses embates com a previsão da Constituição de 1988 confirmando da tese positiva, razão pela qual se faz tão somente rápida menção tanto às teorias outrora existentes quanto à discussão travada.

¹²² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 1. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2008. Tomo 53. p. 277.

negativista, negando categoricamente a existência de um dano moral em contraposição a uma linha positiva, que afirmava a possibilidade e reparabilidade do dano moral (ainda que variando os limites do que seria dano moral e sua autonomia). A corrente positiva e que identificava o dano moral autonomamente, consagrada ao se conferir ao dano moral *status* constitucional com a Constituição Federal de 1988¹²³. Seguindo, por óbvio, a linha da previsão constitucional, o Código Civil de 2002 consagrou a possibilidade de se sofrer dano exclusivamente moral¹²⁴.

Reconhecida a existência do dano moral, outro ponto passa a ser o alvo das atenções: o que seria o dano moral. De pronto, é imprescindível afastar qualquer definição com base na negação, ou seja, afirmar que o dano moral seria aquele que não atinge o patrimônio (daí, inclusive, a sinonímia entre dano moral e dano extrapatrimonial). Apresentar uma definição implica em apresentar um discurso sobre o que o termo a ser definido é, e não aquilo que ele não é. Nessa linha, ainda que comum apresentar o dano moral como sendo aquele impinge à vítima em seu estado interior, acusando vexame, humilhação. Todavia, a melhor trilha para alcançar a definição de dano moral é aquela apontada por Sérgio Cavalieri Filho: analisar sob a perspectiva da Constituição Federal¹²⁵. Em verdade, tal caminho é inevitável sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e do processo de constitucionalização do direito, já explicitado no presente trabalho.

Ainda na lição de Sérgio Cavalieri Filho, o dano moral pode ser observado sob dois aspectos: um, em sentido estrito em que a violação dar-se-ia em relação à dignidade humana; outro em sentido amplo, em que a violação dar-se-ia em relação a direitos da personalidade, mesmo que não integrante desse núcleo que é o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁶.

Sob essa perspectiva, e tendo a Constituição Federal como norteador, é notável que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento nodal no dano moral. Sendo um dos fundamentos da república, é a demonstração cabal da virada hermenêutica a colocar de vez o indivíduo como o centro das relações jurídicas. Assim, por incidência direta do princípio

¹²³ V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 88-90.

constitucional, é indubitável a proteção qualificada que um núcleo de direitos inerentes ao ser humano recebe em nosso ordenamento jurídico. A violação a qualquer desses direitos (tais como a vida, a saúde, a integridade física e psíquica, a intimidade, a honra, entre outros) ante a elevada relevância jurídica que recebem, é apta a gerar a responsabilidade civil àquele agente violador. Sem olvidar das críticas tecidas por Anderson Schreiber acerca da insuficiência da dignidade da pessoa humana como fonte de direitos com relevância jurídica¹²⁷, esse pilar constitucional ainda serve como balizador do dano moral em seu núcleo (ou seja, o dano moral *stricto sensu*).

Extraír da dignidade da pessoa humana a relevância jurídica apta a configurar a relação de responsabilidade se mostra importante na medida em que já não mais se investiga se o evento danoso gerou impacto diretamente à vítima. Essa investigação seria por demais subjetiva e até mesmo dificultosa, já que eventual comprovação do abalo especificamente na vítima traria a necessidade de uma prova acerca do estado anímico do indivíduo. Conferindo um caráter mais objetivo a essa investigação, ou seja, extraindo-se a situação gerada tem potencial lesivo à generalidade dos indivíduos, permite-se seja conferida maior relevância jurídica à dignidade das pessoas ampliando a gama de proteção. Afastou-se, portanto, da ideia do dano moral como violação causadora de um sentimento negativo no indivíduo, adotando-se o dano moral como violação da dignidade, independentemente dos sentimentos gerados no caso concreto. Como bem lembra Sérgio Cavalieri Filho,

[...] o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor; vexame, sofrimento, assim como pode haver dor; vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor; vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade¹²⁸.

Por seu turno, a evolução do direito civil conjugada com a adoção da técnica de legislação por cláusulas gerais permite sejam reconhecidos novos direitos da personalidade, mesmo que não tendo direta relação com a dignidade da pessoa humana. Assim, amplia-se a concepção de dano moral para seu conceito em sentido amplo. Sérgio Cavalieri Filho ressalta que

Os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem

¹²⁷ Anderson Schreiber lembra que a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana pode ganhar uma elasticidade prejudicial ao sistema, podendo acarretar em uma banalização da responsabilidade e, conseqüentemente, perda da credibilidade (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp.122-124)

¹²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada¹²⁹.

Considerado o caráter protetivo à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade, e que tais direitos reconhecidamente juridicamente relevantes não são susceptíveis de avaliação pecuniária, é válido ressaltar que a responsabilidade civil por dano moral não tem a característica de propriamente reparar o dano, uma vez não ser apreciável economicamente. Nesses casos, a indenização tem, inicialmente, o condão de compensar a vítima pela violação a um direito seu. também se mostra marcante em se tratando de dano moral, a existência de um caráter punitivo, ao servir como uma pena ao agente pela violação cometida, além de também possuir certo caráter pedagógico, com a indenização atuando também como elemento a persuadir o agente a não mais praticar o ato que gerou o dano (e, com isso, não mais ser "apenado" com a obrigação de indenizar).

Outro ponto importante de se destacar quanto ao dano moral é a possibilidade de a vítima ser pessoa jurídica. Após grande debate, restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da edição da súmula 227¹³⁰ que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral. Nesse ponto, é de se destacar que à pessoa jurídica não são atribuídos todos os direitos da personalidade inerentes à pessoa física. Mas, à luz do artigo 52 do Código Civil¹³¹ que manda aplicar às pessoas jurídicas, naquilo que couber, a proteção aos direitos de personalidade, é possível se inferir que alguns direitos são atribuíveis à pessoa jurídica, tais como o bom nome, a honra (objetiva), credibilidade e a imagem. Contudo, esse dano moral, ao contrário do concernente às pessoas físicas, possui certo caráter econômico¹³², podendo (e até devendo) ser aferido de forma mais objetiva, considerando a externalização do exercício dos direitos da personalidade perante a sociedade. Assim, se configura o dano moral da pessoa jurídica quando a ofensa a algum dos direitos da personalidade aplicáveis à pessoa jurídica for apta a reduzir sua capacidade de geração de proveitos econômicos ou de alcançar sua finalidade social.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90.

¹³⁰ A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

¹³¹ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

¹³² Não se afirma que o dano moral da pessoa jurídica é apreciável economicamente; isso seria dano material. O que se afirma é que, a despeito da impossibilidade de apreciação direta, indiretamente a violação de direitos da personalidade passíveis de serem atribuídos à pessoa jurídica pode gerar impactos econômicos, dificultando a execução da finalidade social.

2.2.1.3 Outros danos

Não bastando a tradicional divisão entre danos materiais e morais, hodiernamente é possível aferir a existência de uma gama de outros danos que não se encaixam perfeitamente nessas duas classificações. Tratam-se de danos reconhecidos há pouco tempo, que, de um lado, não são economicamente aferíveis - o que afasta sua classificação como dano material - bem como não guardam relação direta com direitos inerentes à personalidade - afastando, pois, sua classificação como dano moral. São novos danos, autonomamente reconhecidos, surgindo como decorrência natural de um sistema normativo que também vem reconhecendo a existência de novos direitos autônomos. Cumpre-se resgatar, pois, a definição de dano como lesão a interesse juridicamente relevante, de modo a consagrar que, a cada novo direito reconhecido autonomamente, será reconhecido o surgimento de novo dano. Assim, como lembra Anderson Schreiber, é preciso superar a ideia de tipicidade de danos, encarando ainda a abertura a novos danos como salutar, típico de uma sociedade que, com sua evolução, reconhece novos direitos aos seus cidadãos¹³³. Ainda que necessária a superação da tipicidade, alguns direitos já possuem um reconhecimento doutrinário e jurisprudencial que permite sua nomeação.

O dano estético é um desses novos danos que já possui consolidado reconhecimento autônomo. Anteriormente era entendido como um dos aspectos do dano moral quando o evento danoso deixasse marcas no corpo da vítima, como a amputação de algum membro ou uma cicatriz muito chamativa. Contudo, com a edição da súmula 387 pelo Superior Tribunal de Justiça¹³⁴, permitindo a cumulação de indenização por dano moral e dano estético, dúvidas não há mais quanto à autonomia deste em relação àquele.

De acordo com Arnaldo Wald, o dano estético é aquele que corresponde a uma alteração morfológica da vítima desagradável, podendo chegar até à repulsa¹³⁵. E quanto à aferição de

¹³³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp.98-99.

¹³⁴ Súmula 387: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

¹³⁵ Wald, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

sua ocorrência aponta que “o dano estético é visível, porque concretizado na deformidade”¹³⁶. Tem-se, portanto, que a despeito do dano moral, em que a lesão não é visível tratando-se de uma lesão de caráter intrínseco à condição de indivíduo, sem exteriorização, a visibilidade do dano estético é sua marca (e até a razão de sua distinção do dano moral) podendo se acrescentar também como mais um elemento a ser considerado para fins de estabelecimento da relação de responsabilidade e quantificação de indenização a potencial reação negativa à modificação morfológica advinda de outros indivíduos.

Outro dano reconhecido de forma autônoma é a chamada perda de uma chance. Carlos Roberto Gonçalves define a perda de uma chance como

[...] a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas¹³⁷.

Importante deixar bem demarcado que, em se tratando de danos pela perda de uma chance, o que é levado em conta é justamente a perda da possibilidade de se obter um proveito, e não proveito propriamente dito. Sob essa ótica, não só eventuais proveitos econômicos ou existenciais merecem atenção do direito. A possibilidade de se obtê-los também passa a ser objeto de tutela por parte do Direito, ganhando, dessa forma, relevância jurídica autônoma.

Assim, arbitra-se um valor que poderia ser considerada a quantificação econômica do direito violado. A perda da chance diz respeito a um evento incerto. Incerto, mas provável. Dessa forma, não é qualquer possibilidade que dá ensejo à responsabilidade pela perda de uma chance. Como bem lembra Sérgio Cavalieri Filho, “é preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada”¹³⁸.

Não se confunde com o lucro cessante, que se refere a um evento futuro que, se se seguisse o fluxo natural, aconteceria. Na perda da chance haveria apenas uma possibilidade. É a retirada dessa possibilidade que se considera indenizável. Mostra-se como uma nova modalidade de dano na medida em que essa possibilidade de se obter algum proveito econômico passa a ser considerado um direito autônomo, dissociado do proveito econômico propriamente dito.

¹³⁶ Wald, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 392.

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

Dessa forma, tendo em vista que se trata da perda de uma possibilidade de se obter uma vantagem, não há como quantificar pecuniariamente o valor devido, sendo o valor da vantagem apenas um parâmetro indicativo de um teto. E como, por óbvio, a possibilidade se distingue da certeza do acontecimento, o arbitramento de eventual indenização deve se dar de modo a ser inferior à da vantagem cuja chance se perdeu.

Outro exemplo de um desses novos direitos é o dano moral coletivo. Apesar da denominação, não se trata de violação a direitos de personalidade. Trata-se, em verdade, de violação a direitos de toda uma coletividade devida cujas consequências geram impactos a toda uma coletividade. A utilização do termo “dano moral” advém da já mencionada sinonímia reconhecida pela doutrina entre os termos “dano moral” e “dano extrapatrimonial” e da preferência pelo primeiro. Pretende-se indicar a ausência de cunho patrimonial na ofensa deflagrada pelo agente, uma vez ser tal modalidade de violação um ataque a valores caros a uma coletividade e que, pela sua relevância, merece ser objeto de proteção pelo Direito.

Esses novos danos, por sua vez, ainda podem, a título de especificação em sede de sentença serem apresentados como um componente do dano moral¹³⁹. Os novos danos, como já dito, têm mais relação com novos interesses que passaram a ser autonomamente considerados, ainda que possam ser enquadrados como dano moral. Assim são enquadrados, apesar da falta de apuro técnico, uma vez ser o dano moral aquele relacionado aos direitos da personalidade. Contudo, tendo em vista sua autonomia em relação ao dano moral propriamente dito (ou seja, aquele atinente aos direitos da personalidade), quando do momento de seu arbitramento (fala-se arbitramento em razão da já aludida impossibilidade de quantificação econômica) devem ser isoladamente considerados e preferencialmente destacados como correspondente à violação do respectivo direito.

2.2.2 A CONDUTA DANOSA

Outro pressuposto imprescindível para a aferição do dever de indenizar é a prática de conduta

¹³⁹ Lembramos mais uma vez que se utiliza o termo dano moral como sinônimo de um dano sem cunho patrimonial direto. Reconhece-se que seria melhor, então, especificar como dano extrapatrimonial, mas a utilização mencionada tem guarida no costume, além de ter a finalidade de não provocar um distanciamento entre o que se verifica na doutrina e na jurisprudência.

danosa, ou seja, aquela que dá origem ao evento danoso. Se o dano é o elemento central da responsabilidade civil por ter intrínseca relação com a obrigação que surge, no seio da relação jurídica nascida com a responsabilidade a conduta danosa aparece como o elemento que faz aparecer o dano, sendo, pois, o fato que dá origem à obrigação de reparar o dano. Enquanto o dano é o elemento que liga agente e vítima na relação jurídica, é a conduta danosa que insere o agente nessa relação.

De pronto, destaca-se a preferência por essa terminologia em detrimento do que usualmente é utilizado, qual seja, ato ilícito. Explica-se. A definição legal de ato ilícito, prevista nos artigos 186 e 187 informam que o ato é considerado ilícito quando praticado com dolo, culpa ou abuso de poder e causar dano. Percebe-se, então, que a investigação da vontade do agente está intrinsecamente ligada à análise da licitude ou ilicitude do ato. Todavia, tal previsão não abarca a totalidade das hipóteses de responsabilidade civil.

O ato ilícito mostra-se, indiscutivelmente, como fato gerador da responsabilidade subjetiva. Contudo, diante da responsabilidade objetiva, a definição de ato ilícito não se mostra compatível com tal modalidade de responsabilidade¹⁴⁰, sendo prescindível aferir a licitude ou não do ato praticado, recaindo a responsabilidade sobre o agente pela simples imputação da prática do ato que gerou dano. Ainda no tocante à questão da culpa como elemento do ato ilícito, é primordial trazer à baila a lição de José de Aguiar Dias acerca da acepção do termo “ato ilícito”. O saudoso professor indica que o ato ilícito previsto no diploma civilista pátrio tem correspondência com a *faute* do direito francês e na sua acepção de erro, e não no sentido de culpa, que é o estado moral de quem pratica o ato ilícito¹⁴¹. Todavia, a despeito de elucidada a confusão que terminologia do Código Civil pode trazer, a utilização do termo “conduta danosa” será adotada, principalmente por permitir isolar a conduta em si da intenção do agente.

A conduta danosa pode ser traduzida em um ato positivo ou em um ato negativo. Quando positivo, diz-se ser uma conduta comissiva; quando negativo, diz-se uma conduta omissiva. A conduta comissiva ensejadora de responsabilidade é de mais fácil entendimento, sendo aquela praticada pelo agente e que teve como consequência um dano à vítima. Por outro lado, a conduta omissiva necessita de uma análise um pouco mais pormenorizada. Ordinariamente, os

¹⁴⁰ Mais à frente será desenvolvida a questão do elemento volitivo. Mas, nos adiantando em relação à mencionada incompatibilidade, essa se dá em razão de, em sede de responsabilidade objetiva, o ato gerador do dano poder ser lícito, mas, mesmo assim, importar no dever de reparar o dano causado.

¹⁴¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 477.

indivíduos não estão obrigados a praticar nenhum ato que não aqueles previsto em lei, conforma preconiza o princípio da legalidade. É nesse espaço que entra a conduta omissiva como ensejadora de responsabilidade civil. Ao deixar de praticar um ato ao qual estava obrigado, e se desse não agir resultar dano, o agente atrai a responsabilidade pelo dano.

Em se tratando de conduta danosa é imperioso que haja volitividade e voluntariedade no agir do agente. Como destaca Arnoldo Wald, a conduta humana juridicamente relevante é decomponível em duas elementares essenciais: uma anterior, psíquica, que diz respeito ao estado anímico do agente e de ordem moral e que revela o impulso humano em razão de sua estrutura psicológica e social determinada por um conjunto de desejos e interesses; outra exterior, física, sendo uma exteriorização do elemento psíquico, resultando em uma conduta que revela o querer íntimo¹⁴². A conduta obrigatoriamente deve ter esses dois elementos, afastando-se, assim, condutas praticadas por mero reflexo ou praticadas de forma inconsciente.

Nesse particular, é importante destacar que a voluntariedade mencionada para que a conduta danosa dê origem à responsabilidade civil não se confunde com a voluntariedade perquirida em sede de culpa ou dolo. A voluntariedade da prática da conduta danosa diz respeito tão somente ao ato que gerou o dano, ou seja, se o agente teve a intenção de praticar o ato, sendo indiferente, nesse momento, a intenção acerca das consequências desse ato (a intenção de causar o dano). Por sua vez, o elemento volitivo (a culpa ou o dolo na prática da conduta danosa), pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, diz respeito à intenção de praticar o ato para causar o dano (no dolo) ou à falta de cuidado na prática do ato de modo a causar o dano. Assim, enquanto a voluntariedade da conduta tem como objeto de atenção apenas o ato em si, o elemento volitivo tem como objeto a consciência acerca da consequência do ato (o dano).

Também não é toda conduta humana que, ao causar dano, dá ensejo à responsabilidade. O artigo 188 do Código Civil¹⁴³ elenca situações em que, a despeito de causar dano, a conduta é amparada pelo direito, também lhe sendo conferida relevância jurídica bastante a afastar a responsabilidade. Ou seja, a conduta não seria antijurídica. Tais situações, denominadas

¹⁴² Wald, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

¹⁴³ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

excludentes de responsabilidade atuam sob a forma de reconhecer como lícitas certas condutas que, em uma primeira análise, seriam aptas a configurar a relação de responsabilidade¹⁴⁴. Agem, pois, afastando a conduta como ilícita e, assim, afastando a responsabilidade civil por falta de um dos pressupostos.

O primeiro desses atos é a legítima defesa. Sua conceituação é extraída da legislação penal, trazida pelo artigo 25 do Código Penal¹⁴⁵. Assim, o agente que atua em sentido de repelir agressão, ainda que causando dano, não comete ato ilícito. Contudo é de se salientar que essa ação deve se dar de forma moderada. A conduta também deve ser em sentido de repelir a agressão que seja real e contra si. Carlos Roberto Gonçalves, nessa linha, expressa que o erro quanto à execução dos atos de legítima defesa e a legítima defesa putativa, ainda relevantes para o direito penal, não possuem a aptidão de afastar a ilicitude do ato na esfera cível, de modo a não afastar a responsabilidade; podem, contudo, gerar ação regressiva contra o verdadeiro ofensor¹⁴⁶.

O exercício regular de um direito, também previsto no inciso I do artigo 188, é outra conduta que, a despeito de causar dano, não impõe a responsabilidade. E a razão é bem simples: tratam-se de situações antagônicas. Um ato, ou é lícito ou é ilícito. Assim, caso não ultrapassados os limites do direito (o que configuraria o abuso de direito), a conduta, ainda que gere danos à vítima, não permite a formação da relação de responsabilidade.

Na mesma toada do exercício regular de direito tem-se o estrito cumprimento de dever legal. Mais do que a faculdade conferida pelo Direito, trata-se de uma exigência a conduta do agente, não sendo escusável sua abstenção. Dessa forma, tanto sob a ótica da existência de determinação legal para a prática do ato quanto sob a ótica de impossibilidade de “optar” por não praticá-lo, o estrito cumprimento de dever legal afasta a relação de responsabilidade. Destaque-se, contudo, que esse cumprimento deve se dar nos estritos limites desse dever, sendo responsabilizável o agente em caso de excessos.

Já o inciso II do artigo 188 prevê o estado de necessidade como excludente de responsabilidade, ao prever que a conduta praticada com o fito de remover perigo iminente, ainda que cause danos, não gera a responsabilidade. A conduta tem como foco remoção de

¹⁴⁴ As excludentes de responsabilidade também podem agir afastando o nexo de causalidade, e serão apresentadas quando esse pressuposto for estudado.

¹⁴⁵ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 683-685.

perigo, não sendo necessário que se dê em reação a outra ação injusta (como ocorre na legítima defesa). Em sede de estado de necessidade, verifica-se o conflito entre dois interesses legítimos, em que o agente causa o dano quando atuando para evitar que venha a sofrer consequências danosas ele próprio. Como expressam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “o agente não reage a uma situação injusta, mas atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto”¹⁴⁷. Todavia, caso a vítima não tenha dado causa ao perigo afastado, a fica configurada a responsabilidade civil, cabendo ao agente apenas o direito de regresso contra aquele que efetivamente causou o dano, na forma dos artigos 929 e 930 do Código Civil¹⁴⁸

Condutas praticadas sob o pálio da legalidade também são suscetíveis de serem caracterizadas como ensejadoras de responsabilidade civil. É o caso do abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil¹⁴⁹. Se de um lado o exercício regular de um direito configura hipótese em que não há que se falar em responsabilização, exercício abusivo desse direito deslegitima essa hipótese de não responsabilização, jogando para o campo da ilicitude a conduta danosa e, via de talante, atraindo o agente para a posição de sujeito passivo da relação obrigacional decorrente da responsabilidade civil.

Por outro lado, por força de previsão legal, é possível que mesmo sem uma conduta do agente propriamente dita esse tenha o dever de indenizar, integrado assim a relação jurídica de responsabilidade civil. Essa ressalva se mostra importante na medida em que existem hipóteses em que o responsável não foi o agente direto do evento danoso, mas que por força da lei é imputado como aquele a quem deve recair o dever de indenizar. São situações de responsabilidade por fato de terceiro (v.g. a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos incapazes ou a responsabilidade do empregador pelos atos do empregado no exercício ou em razão do trabalho), por fato de coisa ou por fato ou guarda de animal.

2.2.3 O NEXO DE CAUSALIDADE

¹⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

¹⁴⁸ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

¹⁴⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O nexo de causalidade é o elemento que permite ligar a conduta humana do agente com o dano sofrido pela vítima. Sob a perspectiva da relação jurídica de responsabilidade civil que surgirá com tal ligação, é com a presença do nexo de causalidade que surge uma relação de implicação entre a antijuridicidade do dano causado e a responsabilidade civil. A prática de ato ilícito pelo agente e o dano sofrido pela vítima, por si só, não possuem relevância jurídica sem que seja possível conectá-los, sem que aquele tenha sido a causa desse. Assim, sem que haja o nexo de causalidade, não há que se falar em responsabilidade civil¹⁵⁰. Sérgio Cavalieri Filho aponta que em uma primeira análise, o conceito de nexo causal decorre inicialmente de leis naturais; uma relação de causa e efeito¹⁵¹.

O conceito natural, entretanto, não basta quando diante da questão do nexo de causalidade sob a perspectiva jurídica. Anderson Schreiber alerta acerca da necessidade de se limitar o conceito natural de causalidade por meio de um conceito jurídico, sob pena de tornar muito ampla a responsabilidade¹⁵². Essa maior preocupação com o nexo de causalidade vem ganhando força principalmente com a adoção cada vez mais firme da responsabilidade objetiva e correlato abandono da perquirição da culpa. Anderson Schreiber ainda indica que, em sede de responsabilidade subjetiva, a busca pela demonstração da culpa acabava, por ela mesma, criando um freio a eventual impulsividade de demandas de reparação, de modo a relegar o nexo de causalidade a uma etapa muitas vezes formal, estando no interior da própria discussão da culpa¹⁵³.

Por seu turno, diante de hipóteses cada vez mais frequentes de responsabilidade objetiva (e até mesmo uma cláusula geral de responsabilidade objetiva vir no bojo do Código Civil), perde-se o supra mencionado freio, implicando em uma maior preocupação com o nexo de causalidade, ao ponto de se chegar a afirmar que, na responsabilidade civil objetiva, a

¹⁵⁰ Ainda que, como será apontado, o nexo de causalidade venha sofrendo mitigações em favor da ampla reparabilidade. Mas ainda se exige um liame mínimo entre conduta e dano.

¹⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.49.

¹⁵² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 53-54

discussão de maior monta passa a ser justamente a existência ou não do nexo causal¹⁵⁴.

Outra preocupação advinda da perquirição do nexo de causalidade diz respeito à sua própria natureza. Ao contrário do dano e da conduta danosa, o nexo de causalidade (à semelhança do que ocorre com a culpa) não é visualmente demonstrável. Melhor dizendo, enquanto que o dano e a conduta, em regra, são reconstruíveis linguisticamente mediante a instrução probatória, o nexo de causalidade é inferido dos acontecimentos reconstruídos, sendo produto direto da intelecção por parte do aplicador do direito.

2.2.3.1 Teorias do nexo de causalidade

A análise das teorias do nexo de causalidade, diante de uma conduta danosa consistente em um fato simples que gerou dano cuja relação de causa e efeito diretamente estabelecida não se apresenta como tema de grande intelecção¹⁵⁵. Afinal, independentemente de qual teoria se adotar, não haveria outras potenciais concausas a serem excluídas a fim de aferir a formação da relação de responsabilidade. Contudo, a possibilidade de mais de uma hipótese para que tenha ocorrido o dano leva a um tradicional maior aprofundamento nas teorias de modo a permitir que seja(m) afastada(s) (ou não) alguma(s) dessa(s) e se estabeleça o surgimento ou não da responsabilidade civil. E como já exposto, diante de situações em que impera a responsabilidade objetiva, afastar a causa imputada ao agente e atribuir o dano a outra causa sem qualquer relação com esse agente se mostra como tarefa primordial. Importante, então, a adoção de um caminho racional que permita proceder à conexão entre conduta danosa e o dano, e, via de talante, que permita também afastar outras possíveis causas para o dano. Com tal finalidade, exsurtem algumas teorias que pretendem indicar esse caminho a ser adotado.

A primeira que se preocupou com tal temática é a denominada teoria da equivalência das condições. Por essa teoria, qualquer evento capaz de dar origem ao dano seria caracterizado como tal para fins de aferição do nexo causal, sem qualquer distinção entre a efetiva potencialidade. Para que se fale na existência de nexo de causalidade, basta que a conduta seja

¹⁵⁴ Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.49; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.54; .

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.50.

apta a causar o dano, sem perquirir o nível de influência desta em relação a outras potenciais causas. Também é denominada de teoria da *conditio sine qua non*. Essa teoria recebe muitas críticas no âmbito da responsabilidade civil, por caracterizar uma responsabilidade por deveras ampla, mas é adotada no âmbito da responsabilidade penal, na forma do artigo 13 do Código Penal Brasileiro¹⁵⁶. Sérgio Cavalieri Filho explicando o posicionamento por parte de seus defensores leciona que:

Sustentam seus defensores que o resultado é sempre uno e indivisível, não podendo ser subdividido em partes, de forma a ser atribuído a cada uma das condições, isolada e autonomamente. Logo, todas as condições, antecedentes necessários do resultado, se equivalem¹⁵⁷.

A superação a essa teoria se deu com a elaboração de outras duas. Contudo, há considerável divergência acerca da qual seria adotada pelo legislador pátrio, gerando discussão entre os que defendem a adoção da teoria da causalidade adequada¹⁵⁸ o os que defendem a adoção da causalidade direta e imediata¹⁵⁹. Há ainda autores que não identificam a distinção entre ambas, tratando como se fosse uma só teoria¹⁶⁰.

A teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Tries, tem por peculiaridade o reconhecimento de que, a despeito de ser possível uma sucessão de eventos serem apontados como desencadeadores da responsabilidade, alguns desses têm maior potencial de efetivamente causar o dano, ao passo que outros não teriam tanta importância para o evento. Assim, há uma hierarquização entre os eventos, e nem todos podendo ser chamados de causas do dano. Explicando tal teoria, Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

Causa [...] é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do

¹⁵⁶ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

¹⁵⁸ Colocar quem defende causalidade adequada. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** - volume único. 1. ed. São Paulo: Método, 2011; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁵⁹ Causalidade direta e imediata. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**: v 4. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009; RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013; Wald, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶⁰ Sérgio Cavalieri Filho, ao abordar as teorias do nexo causal traz apenas as teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada, tratando ainda a direta imediata no bojo da explicação da causalidade adequada, razão pela qual se identifica que o autor entende a adoção da teoria da causalidade adequada no Brasil. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 51-54)

evento.¹⁶¹

Dessa forma, somente há que se falar em configuração do nexo de causalidade caso a conduta danosa reputada praticada pelo agente possa ser qualificada como causa, que tenha aptidão à ocorrência do dano e que sua inexistência levaria à inexistência própria do dano. Essa aferição é feita com base em juízos hipotéticos de como as coisas normalmente se sucedem, se o fato narrado teria aptidão a causar, por si só, o dano alegado de acordo com curso normal das coisas e com base na experiência comum da vida. Anderson Schreiber afirma ser uma análise feita em abstrato, fundada em um princípio de normalidade¹⁶². Por sua vez, Flávio Tartuce sustenta ser essa a teoria prevalente em nosso ordenamento, afirmando estar presente nos artigos 944 e 945 do Código Civil¹⁶³.

Em contraposição à teoria da causalidade adequada, ganha força a teoria da causalidade direta e imediata. Seus defensores apontam o artigo 403 do Código Civil¹⁶⁴ como a indicação de que essa é a teoria adotada pelo legislador pátrio. Ainda que inserido no bojo da inexecução de obrigações – e, por isso, mais relacionada com a responsabilidade contratual – é assente que sua previsão também surte efeitos perante a responsabilidade aquilina. A dicção do mencionado dispositivo expressa que a responsabilidade somente refere-se aos danos que tenham decorrência direta e imediata da conduta danosa. Também denominada de teoria da interrupção do nexo causal, verifica-se uma restrição ainda maior em relação à causalidade adequada, exigindo uma maior proximidade entre o evento e o dano. Não se trata de uma proximidade temporal, mas sim de uma proximidade lógica¹⁶⁵. Anderson Schreiber aponta que a teoria da causalidade direta e imediata “considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”¹⁶⁶.

De um lado, essa restrição aparenta ser benéfica, uma vez que reduzindo a cadeia de possibilidades acerca do nexo causal, busca-se uma maior objetividade na aferição do nexo causal no caso concreto, restringindo a relevância da conduta apenas àquelas efetivamente

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

¹⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.56.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 421.

¹⁶⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹⁶⁵ Wald, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** : responsabilidade civil, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58.

mais relacionadas com o dano. Mas por outro lado, essa restrição, em sentido inverso às outras teorias, também é apta a causar injustiças, não pela ampla reparabilidade, mas, pelo contrário, pela diminuição de hipóteses de responsabilização.

No intuito de abrandar essa limitação, a questão da ligação entre o dano e a conduta danosa passou a considerar o efeito direto sob a perspectiva da *necessariedade*, ou seja, é considerado efeito direto do dano aquele evento cuja prática seria necessária para ocorrência daquele.

Anderson Schreiber assenta que:

A melhor doutrina conclui, atualmente, a *necessariedade* consiste no verdadeiro núcleo da teoria da causalidade direta e imediata, não se excluindo a ressarcibilidade excepcional de danos indiretos, quando derivados necessariamente da causa em questão¹⁶⁷.

Mesmo percebendo que a teoria da causalidade direta e imediata, analisada sob a ótica da *necessariedade* da conduta para a ocorrência do dano, permita uma melhor consolidação acerca da questão do nexo causal, sem desconsiderar também a grande contribuição que a teoria da causalidade adequada tem para o estudo desse elemento tão importante para a relação de responsabilidade civil, é possível identificar que a aplicação de uma ou outra teoria tem espaço, no limiar da identificação da causa jurídica, para gerar algum tipo de injustiça, de onde se percebe a tentativa da adoção de uma ou outra sob a perspectiva de consolidar a reparação do dano como norte a ser seguido.

2.2.3.2 O nexo de causalidade no atual momento

Como já exposto, a discussão acerca do nexo de causalidade além de ganhar maior importância com a ampliação de hipóteses de causas de responsabilidade sem culpa, ainda não alcançou um ponto de convergência na doutrina (e também na jurisprudência). Anderson Schreiber indica que essa discussão, dada a complexidade que a temática do nexo de causalidade possui, e também devido ao fato de que a aplicação sistemática da teoria adotada pelo legislador pátrio implicaria em alguns casos de injustiça, vem-se notando a redução da

¹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 60.

anterior importância dada, aplicando-se até mesmo de forma (aparentemente) atécnica¹⁶⁸. É o que se pode chamar de nexo causal flexível.

Nessa linha, ainda que o nexo de causalidade seja um elemento deveras importante na relação de responsabilidade, a busca pela reparação do dano pode levar a uma flexibilização em sua perquirição, o que, sob a ótica de um senso de justiça é até louvável. Contudo, essa flexibilização não pode significar um abandono do nexo de causalidade justamente por levar a injustiça ao outro polo da relação.

Anderson Schreiber aponta tanto o ocaso da culpa quanto a redução da importância do nexo de causalidade como fenômenos concernentes à erosão dos filtros da responsabilidade civil, privilegiando uma maior reparabilidade dos danos¹⁶⁹.

2.2.3.3 Excludentes do nexo de causalidade

Há situações em que seria até possível identificar a ligação entre a atuação do agente e o dano causado, ligação essa, contudo, que não resistiria a uma análise mais aprofundada do liame de causalidade, uma vez que outros acontecimentos também tenham agido sobre essa relação e que esse tenham impedido que a atuação do agente tivesse ocorrido sem o resultado dano. Em sendo reconhecidos como estranhos à cadeia causal, há que se considerar como rompido o anterior nexo de causalidade configurado, afastando, desta forma, a responsabilidade do agente. Configura-se rompido o nexo de causalidade, ainda, quando, a despeito de o dever de conduta consistente em não causar danos a outrem aparentemente ter sido violado, essa violação se deu por razão estranha ao agente, que não teria condições de efetivamente adimplir esse dever. Como bem delineia Sérgio Cavalieri Filho, “causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 63-65.; SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 22, 2005, pp. 53-55.

¹⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, 2005, p.47.

¹⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68.

Dentre as causas de exclusão do nexo de causalidade, a primeira que se destaca é o fato exclusiva da vítima. Nessas situações, a relação de causalidade se dá propriamente entre o comportamento da vítima e o dano, de modo que conforme lição de Sílvio Rodrigues, “o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente”¹⁷¹. A atuação daquele que figura como agente causador direto do dano não se configura como suficiente a estabelecer a relação de causalidade com o dano sofrido pela vítima e, via de talante, de responsabilidade civil. Assim, o comportamento que for o decisivo para o evento danoso é e será considerado pra fins de estabelecimento, ou não, do nexo causal.

Situação diversa ocorre quando tanto o comportamento da vítima quanto o comportamento do agente são causas aptas ao surgimento do dano. Tem-se, assim, a concorrência de culpas que, a despeito de não configurar hipótese excludente do nexo causal, pode implicar na redução da indenização devida à vítima, na forma do artigo 945 do Código Civil¹⁷², significando dizer que o grau de culpa de cada um dos envolvidos será levado em conta para fins de repartição proporcional dos prejuízos.

Outra hipótese de interrupção do nexo de causalidade é o fato de terceiro. Essa hipótese, contudo, é de aplicação mais complexa. Isso porque nem todas as situações em que é possível atribuir a terceiro a prática do ato que deu causa ao evento danoso permitem a exclusão do nexo de causalidade entre o dano e o agente direto do dano. De pronto é de se afastar as hipóteses em que a legislação atribui a responsabilidade a alguém pelo fato praticado por terceira pessoa, à exemplo do empregador, que responde pelos atos de seus empregados quando no exercício do trabalho. Feito esse destaque, mister aferir as situações em que o fato de terceiro pode efetivamente excluir o nexo de causalidade.

Na lição de José Aguiar Dias, “fato de terceiro só exonera quando realmente constitui casa estranha ao devedor”¹⁷³. A causa estranha, por sua vez, é aquela que foge dos limites da previsibilidade sendo irresistível ao agente. Fica, assim, desconfigurada a relação de causalidade, afastando, pois, a responsabilidade. Imperioso ainda que o agente não tenha dado qualquer contribuição para o evento. Havendo alguma concorrência do agente, o fato de terceiro não se configura como excludente de responsabilidade, podendo configurar apenas hipótese de estado de necessidade em que ao agente é assegurado o direito de regresso perante

¹⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**: v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

¹⁷² Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹⁷³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 782.

o terceiro, na forma do artigo 930 do Código Civil. A imprevisibilidade e a inevitabilidade do evento danoso nas situações em que se configura o fato de terceiro passível de afastar o nexo de causalidade permitem sua associação com o caso fortuito e a força maior, mas com eles não se confundindo.

Nessa linha, cumpre apontar o caso fortuito e a força maior como outra excludente do nexo de causalidade. O legislador pátrio traz essa causa de não formação da relação de responsabilidade no artigo 393 do Código Civil¹⁷⁴, reconhecendo a não responsabilização por prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, ao passo que no parágrafo único do mencionado artigo é veiculado seu conceito legal. Tratando dessa temática, o legislador adota esses termos sempre em conjunto e atribuindo a mesma consequência jurídica, podendo-se afirmar, portanto, a distinção desses dois institutos, ainda que existente, mostra-se irrelevante na prática. Constatado o caso fortuito ou a força maior, o resultado é o mesmo: considera-se interrompido o nexo causal e, via de talante, não formada a relação de responsabilidade civil.

Partindo-se do conceito legal, e a despeito de inexistir distinções acerca das consequências jurídicas, é possível traçar distinção entre caso fortuito e força maior. Em comum, em ambos os casos se está diante de um evento necessário à ocorrência do dano. Essa necessidade deve decorrer de fatores externos ao agente, estranhos ao seu poder, de modo que seu comportamento seja irrelevante ao dano. A causa seria justamente o evento caracterizado como caso fortuito ou força maior. Daí se extrai que o evento seria inevitável. Já no ponto em que se distinguem, tem-se que o caso fortuito corresponde àquele evento que seja imprevisível. E, por ser imprevisível, não haveria como ser evitado por quem reputado inicialmente como agente. Já no que tange à força maior, verifica-se como característica a irresistibilidade, no sentido de que, ainda que previsível o evento, não seria possível impedir sua ocorrência (ou de suas consequências). Sérgio Cavalieri Filho conclui que “pode-se dizer que o elemento comum a ambos é a inevitabilidade; só que no fortuito a inevitabilidade decorre da imprevisibilidade e na força maior da irresistibilidade”¹⁷⁵.

A imprevisibilidade e a inevitabilidade do evento para fins de configuração do caso fortuito ou força maior caso fortuito ou força maior afasta qualquer influência que a análise da culpa

¹⁷⁴ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 72.

poderia exercer na formação (ou não) da relação de responsabilidade civil. Em se tratando de caso fortuito ou força maior, inexistente volitividade na atuação, afastando a aferição do comportamento do agente como ato relevante. Em verdade, à semelhança das outras causas de exclusão do nexo causal, o evento danoso ocorreu como decorrência não de uma ação (ou omissão) do agente, mas sim do próprio caso fortuito ou força maior.

A distinção do caso fortuito e força maior da ausência se mostra importante quando diante da responsabilidade objetiva, bem como sua atuação como causa de exclusão do nexo causal. Caso fossem identificados como causas relacionadas à culpa e não ao nexo causal, não teriam aplicabilidade nas hipóteses de responsabilidade objetiva, sistema em que o elemento volitivo é irrelevante à responsabilização. Contudo, sua potencialidade de afastar a relação de responsabilidade é patente.

Nesse interim se mostra de grande valia a distinção trazida pela doutrina¹⁷⁶ acerca do fortuito interno e fortuito externo. O fortuito interno, identificado como o caso fortuito, diz respeito àquele evento relacionado ao agente ou à máquina, ao passo que o fortuito externo identificar-se-ia com a força maior, referindo-se a eventos externos à pessoa do agente (também conhecidos como *act of God* do direito da *common law*). Em se tratando de responsabilidade subjetiva, tanto o fortuito interno quanto o fortuito externo são aptos a interromper o nexo causal e afastando o dever de indenizar. Já em se tratando de responsabilidade objetiva, apenas o fortuito externo seria causa exoneradora da responsabilidade, uma vez o fortuito interno estar no âmbito do risco assumido pelo agente. E, como é justamente o risco o fundamento da responsabilidade objetiva, é reconhecida a manutenção da relação de causalidade ensejadora da responsabilidade.

Ainda sob o pálio de uma maior reparabilidade de danos, percebe-se que a distinção entre fortuito interno e fortuito externo tem como característica aumentar as situações em que a vítima verá a recomposição de seus danos, em consonância com a moderna tendência de redução dos obstáculos à obtenção da reparação de danos. Iniciado nas situações em que seria possível arguir o caso fortuito ou força maior, como apontado alhures, também o fato da vítima e o fato de terceiro vêm sendo flexibilizados em seu papel de interrupção do nexo causal em situações em que possam ser inclusos no risco da atividade do agente, invocando-

¹⁷⁶ A doutrina é assente ao apontar Agostinho Alvim, em sua obra “Da inexecução das obrigações e suas consequências” o marco para a identificação da distinção entre fortuito interno e fortuito externo e, da mesma forma, vislumbrar a distinção antes deixada de lado entre caso fortuito e força maior.

se, pois, a configuração do fortuito interno e a formação da relação de responsabilidade civil¹⁷⁷.

2.2.4 O ELEMENTO VOLITIVO

Por último, dentre os pressupostos da responsabilidade civil tem-se o elemento volitivo, ou seja, a perquirição da intenção do agente quando da praticada conduta danosa. Ao contrário do que ocorre com os demais pressupostos (um pouco menos com o nexo de causalidade), sua presença não é estritamente necessária para a formação da relação jurídica da responsabilidade civil; somente se exige a perquirição de tal elemento nas hipóteses de responsabilidade subjetiva. Não obstante, o artigo 186 é claro ao reputar como agente do ato ilícito (e, por isso, gerador da relação de responsabilidade civil) aquele que o pratica por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Em suma, ainda que não exigida em todas as hipóteses de responsabilidade, a culpa *stricto sensu* e o dolo são apresentados prontamente como requisitos necessários à configuração da relação de responsabilidade civil.

A denominação adotada (elemento volitivo) tem como razão o fato de que se relaciona com a vontade humana no modo de agir. Em se tratando do sistema de responsabilidade subjetiva, não basta a conduta de o agente ter causado danos à vítima. É necessário que esse agente tenha agido com culpa. E seja na modalidade culpa *stricto sensu*, seja na modalidade dolo, a prática do ato por parte do agente é produto de sua voluntariedade. A distinção e dá justamente na intenção em relação ao resultado que se obteve com a prática do ato. Em se tratando de dolo, a vontade reside não só no ato a ser reputado como ilícito, mas também e principalmente, no resultado a ser obtido, qual seja, justamente causar o dano. Já na culpa *stricto sensu*, a vontade diz respeito apenas ao ato em si, inexistindo no agente a vontade de alcançar o resultado do ato. Assim, a vontade estaria no agir, e não nas consequências desse agir (em contraposição ao que ocorre no dolo).

Essa discrepância entre o ato pretendido e o resultado não pretendido se dá na inobservância de deveres mínimos de cuidado. Em qualquer ação, quem a pratica deve observar cuidados

¹⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 68-69.

mínimos correlatos. A adoção de práticas em desacordo com a conduta adequada à ação leva à configuração da culpa. Percebe-se, pois, que ao se falar em culpa, tem-se em mente a existência de deveres mínimos de cuidado que os indivíduos devem observar, com a finalidade de não causar danos aos demais indivíduos. Essa regra mostra-se basilar na convivência em sociedade.

A culpa como fundamento da responsabilidade civil, como bem pontua Anderson Schreiber, tem como base a ideologia liberal predominante no pensamento dos juristas da Modernidade, levando a responsabilidade a ter fundamento um mau uso da liberdade, um dos pilares do ideário liberal¹⁷⁸. E a vontade do agente, nesse ponto, se mostra como ponto-chave, já que a liberdade e seu exercício estão intimamente relacionados com a vontade. Por sua vez, seu mau uso exigia um sancionamento, de onde se extrai uma clara conotação moral na responsabilidade civil¹⁷⁹.

Esse ideário, ainda que não nos moldes extremos de outrora ainda se mostra presente em se tratando de responsabilidade civil. A previsão atual de exigência de culpa dá à responsabilidade uma ênfase também na punição àquele agente que não observou os deveres de diligência. Então, não bastaria ter causado o dano; imprescindível que a conduta que gerou o dano seja minimamente reprovável perante o direito. Frise-se, é a conduta que deve (ou deveria) ter a pecha de reprovável, e não a consequência dessa conduta, que é o dano.

Seguindo essa linha, a análise da culpa tem por base o comportamento exigível do homem comum em determinada situação. A desconexão entre o modo de atuar do agente no caso concreto do modo que se espera que normalmente se aja em situação semelhante é que dá azo à caracterização da culpa em qualquer de suas modalidades. Como observa Sérgio Cavaliere Filho:

O núcleo da conduta culposa, portanto, consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria ter sido realizada em virtude da observância do dever de cuidado. Há na culpa, em última instância, um erro de conduta; uma conduta mal dirigida a um fim lícito¹⁸⁰.

Por seu turno, José de Aguiar Dias conceitua a culpa como:

¹⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.12.

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

¹⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

[...] falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude¹⁸¹

Desse conceito de culpa é possível extrair os requisitos para a configuração do ato culposo passível de gerar a obrigação de indenizar. Primeiro é a voluntariedade da conduta (e não do dano, frise-se bem), que, como já explicitado, consiste em o agente pretender a prática do ato, somado a um resultado involuntário, ou seja, diverso do esperado.

A previsibilidade como requisito para a configuração da culpa exige que o resultado danoso seja ao menos previsível. Sem que haja previsibilidade do ato não há como caracterizar a não adoção de cuidados para evitar o dano como ato ilícito. E a quebra desse dever de cuidado é o cerne da análise da culpabilidade da conduta do agente. Estando fora da esfera de previsibilidade, o resultado danoso é atribuível a caso fortuito ou força maior.

O terceiro requisito para a configuração da culpa é a inobservância de deveres de conduta que se espera dos indivíduos para que não se infrinja direitos alheios e cause danos. Por muito tempo esses deveres tiveram como base a figura do *bonus pater familias*. Contudo, a personificação desse na figura do julgador acarretou sérias críticas mormente pela falta de um critério mais objetivo¹⁸². Nessa esteira, é possível erigir a boa-fé objetiva como critério de aferição desses deveres, partindo dos *standards* comportamentais que, se de um lado não são positivados ou mesmo unificados, de outro, possuem uma sistematização mais aprofundada e leva em conta o meio em que estão imersos o agente e a vítima.

Esses deveres de conduta, tendo como base esses parâmetros oriundos da boa-fé objetiva, conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho, possuem três romãs de exteriorização: a negligência, a imprudência e a imperícia¹⁸³ (ainda que a previsão do artigo 186 se refira apenas aos dois primeiros). Na negligência, se verifica a ausência de cautela por parte do agente, deixando de adotar medidas que impediriam o dano, agindo de forma desidiosa; na imprudência, se está diante de uma falta de cautela no agir, sendo uma ação positiva marcada por temeridade; na imperícia o agente pratica o ato em que tenha as habilidades específicas para tanto, ou deixe, grosseiramente, de adotar técnicas específicas para determinado ato.

¹⁸¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 122.

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 40-41

¹⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38.

Por sua vez, a despeito de serem estados anímicos distintos, inexiste há distinção, *a priori*, do dolo e da culpa já que o legislador pátrio preferiu abarcar a reparação do dano como norteador da responsabilidade, não obstante a responsabilidade ainda carregar certo caráter moral na perquirição da intenção do agente. A extensão da responsabilidade, em regra, equivale à extensão do dano, na forma dos artigos 403 e 944 do Código Civil, sendo indiferente, a princípio, qual a qualificação da vontade do agente (se culposa ou dolosa) bastando a voluntariedade da conduta.

O parágrafo único do artigo 944, contudo, apresenta hipótese de redução da indenização em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, dando mostras, mais uma vez, da preocupação punitiva que a responsabilidade civil possui. A conduta dolosa já restaria excluída desse benefício legal e a análise do grau de culpa do agente serviria como elemento a permitir a redução da indenização em uma mostra de que critérios morais ainda podem subsistir em se tratando responsabilidade subjetiva. Também quando diante de danos extrapatrimoniais – dano moral principalmente – a atuação dolosa ou apenas culposa ganha relevo, mormente diante de situações em que se extrai da indenização caráter não meramente reparador, mas também punitivo e pedagógico. Para que essas finalidades tenham relevância, a forma de atuação do agente é levada em consideração na tentativa de se compatibilizar a indenização com o grau de reprovabilidade dessa atuação.

Por se tratar de um critério anímico, psicológico, a culpa acaba por se tornar um obstáculo à reparação de danos. Nessa linha, e percebendo-se a dificuldade em se demonstrar a culpa, o legislador aos poucos foi tornando essa tarefa mais simples, adotando, inicialmente, as chamadas presunções de culpa, de modo a não eliminar tal pressuposto em sede de responsabilidade civil, mas, ao mesmo tempo, invertendo o ônus da prova, imputando ao agente o ônus de demonstrar não ter agido culposamente.

E, com a evolução da responsabilidade civil e uma preocupação cada vez maior na reparação do dano, em detrimento das questões morais atinentes à conduta do agente, a culpa vem perdendo força na análise da responsabilidade civil. Antes previstas expressamente em legislação esparsa ou até mesmo no bojo do Código Civil (mas pontualmente), a responsabilidade sem culpa vem sendo cada vez mais adotada, chegando-se ao ponto de o Código Civil de 2002 trazer, no parágrafo único do artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Assim, verifica-se que vem ganhando corpo a questão do risco como fundamento da responsabilidade.

2.3 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade, e o desenvolvimento de sua sistemática, permitiu construir diversas classificações da responsabilidade, variando o elemento eleito como. Por sua vez, para o presente trabalho, a classificação da responsabilidade que ganha maior importância é aquela que a distingue pela necessidade ou não da demonstração da ocorrência do elemento volitivo. Ou seja, se a responsabilidade exige ou não a comprovação de ter o agente agido com dolo ou culpa. Com base nessa classificação, pode a responsabilidade civil ser subjetiva ou objetiva, consoante será demonstrado.

2.3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva, como já delineado quando do estudo do elemento volitivo como pressuposto da responsabilidade civil, é aquela que tem a culpa como um de seus pressupostos. Como pontua Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o conceito de responsabilidade foi talhado pela doutrina civilista do século XIX, procurando apresentar, de forma consistente, os fundamentos pelos quais se explica o dever de reparar o dano, tendo o legislador francês encontrado na culpa seu fundamento maior¹⁸⁴. Erigir a culpa como o fundamento da responsabilidade civil em seus primórdios seria até mesmo uma questão lógica. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que a responsabilidade civil envolvia a ideia de um dever pessoal de cada particular com cada particular de respeito mútuo à honra ou propriedade, sendo a culpa a determinante que indicaria quem responderia por eventual infração a esse dever de respeito¹⁸⁵.

Ainda presente nos tempos atuais, a ideia de culpa como fundamento da responsabilidade não deixa de abarcar finalidades punitivas ao agente. Esse se tornava responsável quando causa

¹⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73.

¹⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87.

danos a outrem deixando de observar os deveres de convivência relacionados a não impingir danos. De um lado, por óbvio, tem-se preocupação com o dano, refletindo o inafastável caráter reparador que possui a responsabilidade. Mas, de outro lado, a exigência da culpa mostrava também que a responsabilidade vinha como uma forma de sanção a esse comportamento. Em sentido inverso, ainda que houvesse dano, não seria justo que o agente tendo atuado da forma como dele se espera venha a ter de suportar os efeitos da responsabilidade.

Por seu turno, o conceito de culpa vem sofrendo grande evolução. Assim, ainda que o fundamento seja semelhante, seus contornos práticos sofrem grande variação, na esteira do desenvolvimento da responsabilidade civil. Já não há mais espaço para uma investigação da consciência do agente, se seu estado anímico. A culpa para fins de responsabilidade não pode ser correspondente à culpa sob a perspectiva moral, ou seja, não devem as intenções do agente serem consideradas como o único elemento de aferição. Deixa-se de lado a culpa sob seu aspecto psicológico, adotando-se um conceito normativo de culpa. Tenta-se afastar do inerente caráter individual de cada culpa, buscando elementos objetivos a conformar o comportamento humano. Diante desses elementos, fugir do comportamento *standard* que indicaria o comportamento suficiente a alcançar o objetivo de não causar danos a outrem atrairia a responsabilidade para o indivíduo. Assim, a concepção da culpa normativa teria como base a ideia de erro de conduta cuja consequência seja a lesão a direito de outrem, deixando de conferir relevância à boa ou má intenção (conceitos interiores ao indivíduo) do agente¹⁸⁶.

Mas a culpa como fundamento deve ser entendida em harmonia com a ampla reparabilidade de danos. Assim, a culpa exerce dupla função na responsabilidade: serve como fundamento do dever de reparar e indicação a quem será atribuída a responsabilidade. Na qualidade de fundamento da responsabilidade, atuação culposa no evento danoso exsurge o dever de reparar o dano, ao mesmo tempo em que gera à vítima o direito de ver seu dano reparado. Como destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, seriam “dois lados da mesma moeda - dever e direito - designados por uma mesma causa, isto é, como geratriz, numa vez, e como sustentáculo, noutra vez”¹⁸⁷. Já a atribuição de responsabilidade é extraída da fonte do

¹⁸⁶ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 65-66.

¹⁸⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 151-152.

dever de indenizar. Uma vez identificado quem faltou com o dever de não causar dano, em regra, é a este que a responsabilidade será atribuída.

Contudo, a influência da culpa se encerra nesses pontos, não avançando, *a priori*, no campo da amplitude da responsabilidade. Nesse particular, prevalece a ideia de reparação total de danos, inexistindo, assim, tarifação da culpa. A existência da culpa apenas responde de forma afirmativa ao questionamento acerca responsabilização do agente, sem outra influência sobre a relação de responsabilidade. A exceção a essa simples função de autorização da responsabilidade é o parágrafo único do artigo 944, que permite uma redução da indenização de forma equitativa em caso de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Mas não se trata de medição pura da culpa; o nível dessa somente será examinado diante de danos de consideráveis proporções para, uma vez constatada a desproporção, permitir a redução quantum indenizatório.

Percebe-se, pois, uma correlata com a responsabilidade penal no sentido da função do Direito como regulador da sociedade. Enquanto o direito penal seleciona algumas ações como relevantes para fins de penalização a fim de evitar sua prática pela sociedade, a responsabilidade civil, atuando de forma residual, na tentativa de indicar a vedação a causar danos aos demais indivíduos.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que a subjetivação da responsabilidade conferia-lhe essa dupla função, servia-se a outro objetivo. Como adverte Anderson Schreiber, a culpa servia como um “filtro” da responsabilidade civil, atuando como óbice capaz de promover a seleção das demandas que teriam acolhida jurisdicional, a fim de impedir um crescimento demasiado de pedidos de reparação perante o Poder Judiciário¹⁸⁸.

A redução desses filtros pode ser percebida quando analisada a evolução dos graus de exigência para a culpa com fins de responsabilidade. Enquanto o início do desenvolvimento sistemático da responsabilidade civil teve lugar concomitantemente com o liberalismo, em que a liberdade era dos pilares, o desenvolvimento da sociedade levou a uma multiplicação das relações e, como consequência, dos acidentes e das busca pela responsabilização por esses acidentes. Contudo, a demonstração da culpa sempre foi um obstáculo. Dessa maneira, fez-se necessária também a evolução da facilitação dessa busca pelos responsáveis pela reparação

¹⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.

desses novos danos.

Nesse interim, Raquel Bellini de Oliveira Salles explica que, tentando conciliar uma busca por justiça distributiva (raque 64) com os fundamentos da responsabilidade como penalidade àquele causador do dano, iniciou-se um processo de facilitação da demonstração da culpa¹⁸⁹. Inicialmente, marcado pelo apego a tradição romanística passou-se a aceitar a comprovação de uma culpa mínima. Um passo seguinte foi a adoção de previsão de presunções de culpa, implicando em benefícios às vítimas no sentido de se estabelecer inversões do ônus da prova e substituindo a culpa provável pela culpa hipotética¹⁹⁰. A adoção ainda de presunções absolutas, impossibilitando a produção de provas em contrário trouxe um cenário de responsabilização objetiva, ainda que não nominalmente reconhecidas dessa forma, pois, ainda se falava em existência da culpa como fundamento da responsabilidade.

O passo seguinte foi a ampliação da responsabilidade contratual, trazendo para esse campo situações costumeiramente tratadas como responsabilidade contratual e, dessa forma, admitir o mero inadimplemento como causa para a responsabilização, conforme ocorre nas relações envolvendo transportes. Raquel Bellini de Oliveira Salles aponta ainda outro movimento, consistente na objetivação do conceito de culpa, afastando daquele meramente psicológico e de grande dificuldade de se alcançar¹⁹¹. Por fim, e com um desenvolvimento mais apurado da culpa como um fenômeno objetivado nas relações de responsabilidade, o Código Civil de 2002 enfim trouxe uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, a se somar com as hipóteses que sempre existiram no ordenamento, mas, além de interpretadas restritivamente, somente eram adotadas após expressa previsão legal.

Ainda que a responsabilidade objetiva e que a ideia de prevalência da reparação do dano venham ganhando espaço no direito civil, é importante destacar a importância ainda existente do sistema de responsabilidade civil subjetiva. Apesar de até já restar positivada cláusula geral de responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva ainda é a regra, devendo ser aplicada nas hipóteses em que inexistir disposição a respeito do sistema de responsabilidade a ser adotado, bem como quando inaplicável na espécie a previsão de responsabilidade objetiva em caso de riscos inerentes à atividade exercida pelo agente.

¹⁸⁹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

¹⁹⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.64-65

¹⁹¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 65.

2.3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

O outro sistema de responsabilidade identificado com base no elemento volitivo é a responsabilidade objetiva. Nessa, não se fala mais em culpa como fundamento nem em critérios morais de reprovabilidade na conduta danosa. Na responsabilidade objetiva, o foco primordial é justamente a reparação do dano, um dado de caráter mais objetivo. Contudo, a reparação do dano não se impõe pelo seu simples aparecimento. Ainda que a recomposição dos danos sofridos pela vítima da conduta danosa tenha se tornado o foco da responsabilidade, ainda se faz necessária conjugação com interesses do potencial agente. Com essa perspectiva, extrai-se que fundamento que sustenta a responsabilidade objetiva é o risco que a conduta praticada pelo agente acarreta à sociedade e que, por isso, substitui a culpa como elemento moral da responsabilidade.

A sustentação da responsabilidade objetiva com base no risco se mostra de um todo consentâneo com o atual paradigma do direito civil, voltando a atenção ao indivíduo, e não mais ao patrimônio. Nessa esteira, reduz-se a relutância em proteger a vítima de um dano causado por alguém que agiu sem a intenção pelo simples risco que seu comportamento gera para a sociedade. Tem-se, assim, uma proteção de cunho mais amplo, não se limitando a casos pontuais, mas revestindo-se de um caráter preventivo. Quem aumenta os riscos inerentes ao convívio em sociedade deve reparar eventuais danos advindos dessa posição assumida.

Se é indiscutível que o risco, e não só a culpa, possui relevância jurídica suficiente a ensejar responsabilização, o questionamento que se segue é identificar o que seria esse risco. Para respondê-lo, algumas teorias foram desenvolvidas, merecendo destaque algumas.

Pela teoria do risco proveito, a responsabilidade do agente tem suporte na concepção de que, quem se aproveita do risco surgido pelo desenvolvimento de certa atividade deve também suportar a responsabilidade pelos danos que essa venha a causar. Percebe-se certa limitação nessa teoria, na medida em que somente impõe a responsabilidade quando se vislumbra algum benefício econômico. Tal acepção de risco a fundamentar a responsabilidade objetiva é marcante no Código de Defesa do Consumidor, em que o fornecedor suporta eventual responsabilidade como decorrência de ter colocado determinado bem ou serviço no mercado.

Com semelhante fundamento, ou seja, quem cria o risco e dele retira benefícios deve assumir o ônus da responsabilidade objetiva pelos danos causados, exsurge a teoria do risco profissional, distinguindo-se em relação à relação jurídica subjacente e anterior ao surgimento do dano. É destinado à relação entre empregador e empregado, justificando a responsabilidade objetiva quando o empregador gere danos ao empregado e nas hipóteses em que o empregador responde pelos danos causados pelo empregado¹⁹².

Distinguindo-se dessas duas teorias, a teoria do risco criado se mostra mais abrangente no tocante à recomposição de danos sofridos pelas vítimas. Por tal teoria, é despidianda a finalidade lucrativa por parte do agente, bastando tão somente que a atividade por ele exercida gere risco a outrem. Por ser mais benéfica à vítima, mostra-se mais condizente com o moderno desenvolvimento da responsabilidade civil, em que a busca pela reparação dos danos passa a ser o foco das atenções. Assim, aquele que cria o risco de gerar dano em decorrência de atividade exercida deve suportar as consequências desse risco.

Cumprir notar ainda que não há que se falar na adoção de uma única dessas teorias justificadoras no ordenamento jurídico pátrio. Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva era previstas em casos pontuais, sempre com base no risco que determinada situação jurídica impõe a terceiros (e, pensando de uma forma mais global, à sociedade como um todo). Nessas hipóteses, a teoria do risco que subsidiou a adoção da responsabilidade objetiva torna-se um dado de importância meramente histórica e teórica, já que pouco influenciará no momento de sua aplicação. Em se tratando do Código de Defesa do Consumidor, a teoria adotada – a teoria do risco-proveito – também não exercerá influências sobre o aplicador em razão da identificação da uniformidade de sua aplicação aos sujeitos destinatários das normas consumeristas.

A grande valia da identificação da teoria do risco adotada se dá no âmbito de aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil. Identificada a teoria do risco criado como a que confere sustentação ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, esse é o ponto de partida para a interpretação dos elementos que compõe essa cláusula geral. São dois os pilares dessa responsabilidade civil objetiva: a identificação do que seria a “atividade normalmente desenvolvida” e a “os riscos que a natureza da atividade impliquem aos direitos de outrem”.

¹⁹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 162.

Em relação à atividade, não se observa muitas dificuldades. Quando se fala em atividade desenvolvida, deve se ter em mente um conjunto de atos praticados com o intuito de alcançar uma finalidade, sendo irrelevante se essa atividade possua ou não fins lucrativos (ainda que o principal elemento que leve alguém a coordenar seus atos seja a busca por algum benefício lucrativo). Nesse sentido, Raquel Bellini de Oliveira Salles destaca a distinção que deve se atentar à distinção entre a atividade (série de atos direcionados a um fim) e a mera conduta¹⁹³. É a coordenação de atos, característica da atividade, que leva à situação de gerar riscos a direitos de outrem. Isoladamente até poderiam também elevar os riscos, mas como complementa Raquel Bellini de Oliveira Salles, “uma conduta perigosa [...] nada mais é que um ato isolado de imprudência”¹⁹⁴.

Ainda no campo da atividade, o outro caractere de sua identificação é advérbio adotado: “normalmente”. Sua utilização tem por objetivo afastar o exercício de certa atividade de risco de forma anormal do campo da responsabilidade objetiva. Ato anormal é em si mesmo perigoso. Se assim qualificado, o ato foge dos parâmetros mínimos que o conceito de culpa normativamente considerado exige para fins de adimplemento do dever de cuidado e, conseqüentemente, pode ensejar responsabilidade em que haja a presença do elemento volitivo a corroborá-la. Por sua vez, atividade normalmente desenvolvida significa dizer que a atuação do agente se deu da forma esperada para atividade. O risco, inerente à atividade, importa na possibilidade de, em causando dano a outrem, gerar responsabilidade independentemente da existência de culpa do agente. Exercício de atividade de risco em conformidade com o que se espera, com a tomada de todos os cuidados respectivos, não retira, por si só sua periculosidade. Trata-se de hipótese de responsabilidade por ato, em um primeiro momento, lícito praticado em conformidade com o ordenamento jurídico¹⁹⁵. Assim a responsabilidade advinda desse risco é independente de culpa; objetiva, portanto. Raquel Bellini de Oliveira Salles assevera que:

A cláusula geral em exame abrange toda e qualquer atividade perigosa que não esteja regida por lei especial, não importando se a mesma é exercida pelo autor do dano de forma profissional ou ocasionalmente, habitual ou excepcionalmente, com

¹⁹³ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 136-137.

¹⁹⁴ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 137.

¹⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011, p.193.

ou sem fins lucrativos¹⁹⁶.

Não se exige, portanto, que a atividade desenvolvida se dê de forma habitual pelo agente, muito menos a finalidade lucrativa. Não se olvida o forte posicionamento no sentido de se exigir a atividade costumeira do agente como característica para a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil¹⁹⁷. O sentido da norma de afastar apenas o exercício de forma anormal da atividade de risco se mostra mais consentânea com a teoria do risco criado, que propõe que a submissão de outrem (e, em um plano mais geral, da coletividade) a um risco mais elevado do que o usualmente suportado pela convivência em sociedade a se configura fundamento bastante a ensejar a responsabilidade objetiva. É a natureza da atividade que deve ser valorada como de risco e, conseqüentemente, ensejadora da responsabilidade objetiva. A pessoa do agente não deve abranger a análise do risco. Posicionamento em contrário poderia acarretar situações em que, dois indivíduos, exercendo a mesma atividade, estariam submetidos a sistemas de responsabilidade distintos. Confere-se, destarte um viés mais objetivo ao instituto, afastando a análise da pessoa do agente como elementar da aferição da responsabilidade objetiva.

O outro pilar da responsabilidade objetiva é a denominada natureza risco da atividade desenvolvida. Para se aferir se determinada atividade é intrinsecamente de risco é imprescindível que se afira dois elementos: a atividade analisada ocasiona um aumento dos casos de danos em razão de seu exercício e se a magnitude dos danos que atividade tem aptidão a causar.

O primeiro elemento diz respeito à probabilidade de a atividade exercida causar dano. Se seu exercício em considerável parcela das vezes acarretar em danos a terceiros, é indiscutível que há um aumento dos riscos à coletividade e, assim, de que terceiro (no caso, a potencial vítima) possa vir a sofrer um dano. Trata-se do aspecto quantitativo do risco. Já a magnitude dos danos causados, o aspecto qualitativo, diz respeito à gravidade que alcança o dano quando ocorrido. Quanto mais grave o dano que o exercício de uma atividade pode gerar, maiores são os riscos a que a coletividade está submetida. A conjugação desses dois aspectos denota a ideia de periculosidade da atividade. Giselda afirma que

¹⁹⁶ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 135.

¹⁹⁷ Maria Celina Bodin de Moraes afirma essa exigência como defendida pela doutrina pátria, reputando a discussão apenas em relação à atividade econômica. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 854, p. 11-37, 2006, p.14)

Deve-se entender o exercício de atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão de sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce¹⁹⁸.

Dessa forma, mostra-se possível aferir se os riscos trazidos por determinada atividade são superiores àqueles incidentes comumente na vida em sociedade e, conseqüentemente, se implicam por sua natureza, riscos a direito de outrem, na forma preceituada na cláusula geral de responsabilidade civil objetiva.

Ainda que seja possível determinar de antemão uma série de atividades que sejam intrinsecamente de risco e também seja possível quantificar e ranquear esse agravamento de riscos, é importante que a aferição se determinada atividade possui tais qualidades se dê caso a caso. Tal norteamto permite não só abarcar uma gama de atividades mais ampla (e, com isso, assegurar o destaque que a ampla reparabilidade que vem ganhando na civilística moderna) como permite uma maior oxigenação do sistema normativo, com o reconhecimento que certas atividades passem a ser de risco e, em sentido inverso, outras atividades tenham se aprimorado de modo a afastar esse risco e destacando que justamente essa oxigenação é uma das marcas da opção de se legislar por cláusulas gerais.

¹⁹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 297.

3 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL

A responsabilidade, podendo ser resumidamente entendida como a consequência pela inobservância de deveres consubstanciados na norma jurídica, tem suas características delineadas pela relação jurídica anteriormente existente e da qual extraiu sua gênese. Como consequente, traz consigo marcas e elementos atinentes ao antecedente normativo, permitindo, inclusive, formular sua identidade com esse. Diferente não seria em se tratando da responsabilidade processual, ou seja, aquelas cujos danos a serem reparados tiveram origem de atos praticados no bojo de um processo ou com o esteio de um processo.

3.1 A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL

Questão que vem à tona quando se está diante da análise do instituto da responsabilidade processual diz respeito à sua autonomia. Ou seja, aferir se estamos diante de um instituto com características e bases principiológicas próprias ou se trata de um mero desdobramento da responsabilidade civil. Modernamente, tal temática não vem encontrando muita ressonância na doutrina, que vem analisando prioritariamente a questão do dano processual, previsto como aquele resultante da prática de atos processuais imbuídos de má-fé¹⁹⁹. Todavia, e como será apresentado adiante, a responsabilidade processual não se limita às previsões atinentes à probidade e lealdade no processo. A responsabilidade processual tem vez sempre que o processo se torna o instrumento para gerar dano à outra parte, não sendo a intenção da utilização do processo para impingir dano um elemento de presença necessária.

A princípio, até poder-se-ia imaginar que a responsabilidade civil e a responsabilidade processual tratam-se da mesma figura, afinal ambas preocupam-se com a recomposição de um dano e utilizam-se da indenização com essa finalidade. Contudo, um aprofundamento na sua análise leva à conclusão de que a responsabilidade processual tem caráter autônomo em relação à responsabilidade civil. É preciso perceber que a responsabilidade processual tem

¹⁹⁹ Tal preferência é até normal, uma vez que a prática de atos processuais de má-fé, muito além de prejudicar a parte adversa, também prejudica o funcionamento do Poder Judiciário como um todo, sendo questão, portanto, de amplo interesse no que concerne ao próprio acesso à justiça.

origem justamente no processo, e não há que se falar nessa responsabilidade sem a prévia existência de um processo. A natureza processual advém do fato de que a violação ao “dever geral” de não causar dano decorre de um ato processual. Dada essa origem, é possível identificar, pois, uma dupla finalidade da responsabilidade processual: além de preocupar-se com a recomposição do dano sofrido, vislumbra-se também na responsabilidade processual a preocupação de se evitar a utilização do processo como meio de causar dano a outrem, seja pelo retardamento 'injusto' do processo, seja pelos efeitos causados pelos atos processuais propriamente ditos.

A natureza processual autônoma da responsabilidade decorrente de atos processuais também é extraída da natureza da norma que a introduz no mundo jurídico. É por meio da norma processual que o ato causador do dano ganha contornos jurídicos. É a norma jurídica processual que, incidindo sobre o ato, o juridiciza e permite que produza consequências jurídicas. Também é a norma processual que confere relevância jurídica ao dano causado pelo ato processual, afinal, trata-se de um ato praticado sob os auspícios da lei, instrumentalizando um direito constitucionalmente assegurado. Assim, tanto o ato gerador do dano quanto o próprio dano somente geram efeitos em razão da norma processual.

A análise dos efeitos também leva à autonomia da responsabilidade processual. A responsabilidade processual, contudo, não goza de autonomia tão somente pela sua origem no bojo do processo. Outro fator que permite asseverar que responsabilidade processual goza de autonomia em relação à responsabilidade civil (de direito material) advém do fato de a responsabilidade surtir seus efeitos também no bojo da relação processual. Dessa forma, além de surgida no bojo da relação jurídica processual e ser judicializada por normas processuais, a responsabilidade processual tem plena aptidão a gerar novas consequências jurídicas decorrentes daquela relação processual originária. A influência no processo se já justamente pelo fato de que, havendo a previsão de responsabilidade pelos danos causados, constitui-se nova situação jurídica no bojo do processo, passando aquele que causou dano no polo passivo de eventual demanda reparatória. A responsabilidade é autônoma porque não vinculada ao direito material discutido na relação processual originária, mas sim decorrente do próprio ato processual e as consequências desse.

Percebe-se, pois, que é possível conferir a autonomia da responsabilidade processual com base, e na conjugação dos três fundamentos acima explicitados: sua origem no processo, com o ato gerador do dano e o dano tendo como suporte fático a relação processual; a influência

que a responsabilidade processual exerce no processo e na relação processual; e a sua judicialização por intermédio de norma processual.

Outra base para a responsabilidade processual também pode ser extraída da lição de Francesco Carnelutti. Ao tratar da responsabilidade pelo reembolso das custas do processo (como será melhor explicitado oportunamente), o professor italiano extrai sua natureza processual da justa composição da lide, destacando que essa somente seria justamente composta se os valores adiantados também fossem ressarcidos²⁰⁰. Considerando que o ressarcimento pelas despesas do processo é uma das modalidades de responsabilidade processual, é possível transportar essa visão para a generalidade da responsabilidade processual.

Desta feita, se por ato processual gerou-se dano a uma das partes, a manutenção desse estado, sem a devida reparação, implicaria na limitação da extensão do reconhecimento da justa composição da lide. Haveria composição da lide em relação ao objeto do processo, mas essa justiça não alcançaria as consequências processuais decorrente dessa busca pela composição.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PROCESSUAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

A mencionada autonomia da responsabilidade processual frente a responsabilidade civil importa em reconhecer existência de diferenças entre ambas. É dessa distinção, inclusive, que se pode não só extrair a autonomia, mas, principalmente, justificá-la. Todavia, antes de enfrentar essa distinção, é de grande importância destacar que não se deve interpretar essa autonomia e a conseqüente diferenciação como completa.

O reconhecimento da autonomia da responsabilidade processual passa, obrigatoriamente, por sua gênese no seio da responsabilidade civil. Como bem delineia Fernando Luso Soares, “as relações entre a responsabilidade civil e a responsabilidade processual são de ordem

²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones de proceso civil**: traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959, vol I, p. 359.

matricial”²⁰¹. Essa relação permite também destacar a similitude entre esses dois institutos, principalmente ser termos em conta que a finalidade de ambas é, de forma bem resumida e sem se olvidar de outras finalidades e funções, a busca pela reparação de dano impingido a outrem.

Das consequências decorrentes dessa origem é possível destacar a distinção em relação aos pressupostos da responsabilidade processual e os pressupostos da responsabilidade civil. Esse tema será melhor abordado em tópico específico, mas cumpre trazê-lo rapidamente a fim de estabelecer distinções.

A esquematização dos pressupostos é bem semelhante, sendo possível até mesmo adotar nomenclatura mais parecida possível. Contudo, em se tratando da responsabilidade processual, esses pressupostos possuem especificidades que os distinguem dos pressupostos da responsabilidade processual.

De início, tem-se a figura do agente que, na responsabilidade civil pode recair sobre qualquer pessoa capaz, ao passo que na responsabilidade processual somente quem é parte no processo pode compor o aspecto subjetivo da relação de responsabilidade. O dano e a conduta danosa na responsabilidade processual têm como característica distintiva em relação à responsabilidade civil sua natureza processual, ou seja, sua ocorrência no bojo da relação processual e juridicizados por normas processuais. O nexo de causalidade não apresenta muitas distinções, mas, no âmbito da responsabilidade processual dá origem ao princípio da causalidade. Já o elemento volitivo apresenta distinção tanto quanto à sua função na responsabilidade quanto à sua própria caracterização. Quando exigido, o elemento volitivo na responsabilidade processual tem por finalidade precípua o combate à má atuação das partes, primando para que essas cumpram deveres de probidade e lealdade no bojo do processo, ao passo que na responsabilidade processual, ainda que deveres de boa conduta do agente sejam tutelados, a preocupação ainda se encontra na reparação do dano. E quanto à sua caracterização, é possível destacar que no âmbito da responsabilidade processual não há a figura da culpa como comportamento em inobservância a deveres de cuidado; a responsabilidade processual subjetiva somente opera mediante comportamento doloso, sendo que o dolo é tarifado, ou seja, a legislação previamente explicita quais comportamentos são considerados de má-fé e indica que sua prática importará em responsabilidade processual.

²⁰¹ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, pp.39-40.

Percebe-se, pois, que na responsabilidade processual os pressupostos possuem caracteres que permitem um corte, uma delimitação dos pressupostos da responsabilidade civil, apontando suas especificidades justamente na direção delineada pelos pilares da responsabilidade processual que a tornam uma modalidade autônoma de responsabilização.

A fonte das responsabilidades também aparece como elemento diferenciador. A Responsabilidade processual exsurge no processo, já a responsabilidade civil de direito material, por sua vez, ocorre fora do processo, no mundo da vida, e somente vai ser declarada pelo processo. Sem querer ser repetitivo, a responsabilidade processual tem sua origem de um ato processual causador de dano em que, tanto tal ato quanto o próprio dano ganham relevância jurídica por meio da norma processual. Ademais, tendo em vista a característica da responsabilidade processual de gerar efeitos perante a relação processual, percebe-se que tal modalidade de responsabilidade tem seu âmbito de atuação limitada à recomposição de danos ocorridos no processo. Por sua vez, a responsabilidade civil tem seu âmbito de atuação mais largo, abrangendo todos os atos da vida civil, sem limitação de sua influência (exceto, por óbvio, limitações concernentes ao critério espacial da norma jurídica, e aquelas exceções legalmente previstas). Assim, a gênese do dever de indenizar é distinta, ainda que a responsabilidade processual possa decorrer da perquirição responsabilidade civil.

Outra diferenciação entre a responsabilidade processual e a responsabilidade civil é a necessidade ou não de previsão legal acerca da qualificação do ato gerador do dano como ensejador da responsabilidade. Nesse ponto, e ao contrário de quando se fala em responsabilidade civil, na responsabilidade processual é possível se falar em tipicidade do ato ensejador da responsabilidade. Como já dito, o dano que dá origem à responsabilidade processual possui essa última característica em razão da sua juridicização por uma norma processual. Faz-se necessário, portanto, que a norma processual informe que o dano decorrente de determinado ato processual, acarretando dano, implicará em responsabilidade processual da parte. Pode-se fundamentar, sob um aspecto constitucional, no fato de que, por se tratar do exercício de um direito constitucionalmente assegurado (o direito de ação), para se falar em responsabilidade é primordial que haja norma específica imputando o ato danoso como tal.

No mais, a tipicidade da responsabilidade processual confere-lhe o caráter publicista que caracteriza o direito processual. A autonomia da vontade não pode, assim, ser a fonte da responsabilidade processual. Ao seu passo, a responsabilidade civil é justamente marcada, se

não pela autonomia da vontade, pelo exercício da liberdade. E, ao mesmo tempo em que pressupõe a liberdade do agente, pressupõe que qualquer ato livre que gere dano é ensejador de responsabilidade civil. Já na responsabilidade processual, ainda que haja a liberdade de agir da parte, somente ensejará responsabilidade aqueles atos previamente destacados na legislação que acarrete dano. Essa característica permite reforçar a distinção entre a responsabilidade processual e a responsabilidade civil e o caráter autônomo da primeira em relação à segunda, posto que afirmar que a responsabilidade pelos atos processuais é de mesma natureza da responsabilidade pelos atos civis deveria levar à conclusão que qualquer ato processual seria apto a ensejar responsabilidade processual.

A questão da presença do elemento volitivo também dá ensejo à distinção entre as responsabilidades. A despeito da tendência à objetivação, em sede de responsabilidade civil ainda é possível afirmar que a regra é a responsabilidade subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva a exceção. Todavia, em se tratando da responsabilidade processual, essa relação se inverte. Na responsabilidade processual, a regra é a responsabilidade objetiva, sem a perquirição de culpa, ao passo que a responsabilidade subjetiva é a exceção. Fernando Luso Soares, em lição tendo como base o direito português, mas, dada as características semelhantes, aplicável no direito pátrio, destaca essa inversão, além da relevância no que concerne à integração da lei processual, atende ao escopo específico da responsabilidade processual²⁰².

A manutenção da legitimidade do processo como instrumento de composição de crises jurídicas impõe que esse tenha um caráter de neutralidade perante as partes. Seus efeitos perante as partes devem emergir dos pronunciamentos proferidos e sua efetivação definitiva, e não de efeitos colaterais decorrentes da prática de atos processuais que busquem tal pronunciamento. Nessa linha, percebe-se que, quando impõe à parte o dever de reparar os prejuízos causados pela prática de atos processuais, o legislador não se preocupa em impor uma investigação acerca da vontade de causar danos ou de violação a deveres de cuidado. Simplesmente impõe a responsabilidade. Como bem delineia Barbosa Moreira:

[...] quando a lei quis exigir do litigante determinada atitude psicológica, para permitir-lhe a responsabilização, expressamente o fez, dispensando qualquer indagação dessa ordem nos outros casos, em que, portanto, a responsabilidade

²⁰² SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, pp.119-121.

exsurge pela simples verificação objetiva do "tipo" legal²⁰³.

Por sua vez, quando o elemento volitivo é elemento de intrínseca relação com a finalidade da imputação da responsabilidade, o legislador determinou sua perquirição, como, por exemplo, no caso da litigância de má-fé. Atende-se, pois, às finalidades da responsabilidade processual: com vistas a reparar os danos causados pelo processo, busca-se impedir a utilização do processo como instrumento causador de dano e impedir a prática de atos processuais em desacordo com os deveres básicos de lealdade e probidade aos quais estão submetidas as partes de um processo.

Percebe-se, pois, que é o contrário do que ocorre na responsabilidade civil, onde a responsabilidade objetiva é que é especificada, enquanto que, quando ausente previsão expressa, é a responsabilidade entendida é subjetiva.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL

A despeito da já mencionada autonomia entre a responsabilidade processual e a responsabilidade civil, é indubitável que ambas possuem pontos de contato e que tenham muitas semelhanças, afinal, essa pode ser apontada como a origem daquela. Também no tocante aos pressupostos da responsabilidade processual é possível encontrar inspiração na responsabilidade civil.

Barbosa Moreira traz em preciso artigo acerca da responsabilidade por dano processual aponta dois pressupostos: a condição de parte e a incorreção no comportamento²⁰⁴. Não se discute tais caracteres como pressupostos da responsabilidade processual. Todavia, é forçoso reconhecer que não são apenas esses dois. Esses se destacam em razão de sua inovação se termos como parâmetro a responsabilidade civil, ainda que o comportamento incorreto possa ser configurado como comportamento culposos (mais precisamente comportamento eivado de dolo, ou culpa grave). Em verdade, as relações de responsabilidade podem ter seus pressupostos resumidamente apresentados em um esquema semelhante, sofrendo variações de

²⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A responsabilidade das partes por Dano Processual no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 24.

²⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A responsabilidade das partes por Dano Processual no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977 pp. 24-25.

nomenclatura e pequenas distinções quanto à configuração, além de poder exigir algum outro pressuposto. Mas, para se falar em responsabilidade, necessário que estejam presentes os seguintes pressupostos: a conduta de um agente, a lesão a um bem juridicamente relevante, e o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão.

Apresentando uma generalização de pressupostos da responsabilidade ainda mais restrita, Fernando Luso Soares os reduz ao número de dois. Afirmar que, para se falar em responsabilidade deve estar presente o dano e também a imputação desse dano²⁰⁵. Todavia, não se trata de divergência de pensamento, mas sim de nomenclatura adotada. O que se verifica é que, ao lado do dano como pressuposto básico, fora apresentada a imputação como o outro pressuposto, o qual tem a finalidade de conectar o agente ao dano e, daí, extrair a relação de responsabilidade. Contudo imputabilidade nada mais é do que a conjugação do liame entre a existência de uma violação a direito e a conduta do agente.

Assim, e mantendo uma unicidade de nomenclatura em relação à responsabilidade civil para fins metodológicos, tem-se que para a configuração da relação jurídica de responsabilidade de natureza processual mostra necessária a qualidade de parte do agente, a existência do dano (qualificado como dano processual), o ato processual gerador do dano, o nexo de causalidade entre o ato e o dano e, eventualmente, o elemento volitivo. E tendo em vista a já mencionada similitude entre os pressupostos da responsabilidade civil e processual, os pressupostos serão apresentados naquilo de específico que a natureza processual lhe confere.

3.3.1 A QUALIDADE DE PARTE

O primeiro pressuposto apontado por Barbosa Moreira para a responsabilidade processual é a condição de parte do agente²⁰⁶. Qualquer um dos integrantes dos polos processuais pode, por seu comportamento frente ao processo, dar ensejo a uma relação de responsabilidade. Nesse particular, o conceito de parte inclui tanto autor e réu quanto eventuais intervenientes. Basta o

²⁰⁵ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, p. 217.

²⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A responsabilidade das partes por Dano Processual no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p 23.

agente estar habilitado para a prática de atos processuais, integrando a relação processual²⁰⁷ que é possível imputar-lhe responsabilidade por eventuais danos. Cleanto Guimarães Siqueira destaca que para se falar na qualidade de parte é imperiosa a atuação em nome próprio²⁰⁸. Tal atributo se mostra de curial importância no tocante à aferição da responsabilidade processual, em especial no momento de se proceder à imputação do dano a quem, pela prática de um ato voluntário, causou dano de natureza processual.

Eventual vitória na demanda não se mostra como elemento suficiente para afastar a responsabilidade, da mesma forma que ser vencido não impõe a conclusão de que será imputado como responsável. A imputação da responsabilidade dar-se-á conforme o preenchimento de outros pressupostos, podendo ou não haver coincidência entre a posição de agente e vencido.

Esse pressuposto, dessa forma, afasta eventuais terceiros estranhos à relação processual da formação de potencial relação de responsabilidade processual. Assim, atos exteriores ao processo, mas que nele se propagam efeitos, bem como o inverso, atos processuais potencialmente danosos a relações jurídicas externas não se mostram aptos a ensejar a responsabilidade processual, devendo o prejudicado invocar a responsabilidade de direito material.

Nem mesmo a questão da nova forma que a reconvenção tomou no NCPC, com a possibilidade de ampliação subjetiva da relação processual, prevista no parágrafo quarto do artigo 343²⁰⁹, permite a superação desse pressuposto. As perdas e danos decorrentes da responsabilidade processual exsurtem após a formação dos polos processuais. Já a reconvenção é a ampliação do objeto do processo em razão de o réu poder formular pleito conexo com o pleito autoral. Tratam-se de questão contemporânea, ao passo que a responsabilidade processual é sempre posterior ao direito alegado.

²⁰⁷ Cleanto Guimarães Siqueira apresenta em sua obra o amplo espectro doutrinário acerca da aquisição da qualidade de parte no processo, chegando, após extensa investigação, a um conceito enxuto de parte como sendo o sujeito submetido ao contraditório perante o juiz. (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 100-102.

²⁰⁸ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101..

²⁰⁹ Art. 343.(...)

(...)

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

3.3.2 O DANO

Remetendo-nos às definições já apresentadas no presente trabalho acerca do dano, forçoso rememorar a definição do dano como componente do consequente da norma jurídica de responsabilidade. Como será apontado oportunamente, em sede de responsabilidade processual a questão da violação do dever geral de não causar danos fica mais destacável na medida em que o ato passível de ensejar a responsabilidade também é mais facilmente vislumbrado, na medida em que há um corte mais delineado acerca de que condutas teriam o condão de ser qualificadas como fato gerador da responsabilidade. Assim, ao limitar essa aptidão aos atos processuais, torna-se mais clara a impossibilidade da utilização do processo como instrumento causador de danos.

Não obstante a delimitação do dano que dá origem à responsabilidade processual, é indubitável que as características dos danos delineadas quando se discorria acerca da responsabilidade civil são plenamente aplicáveis em sede de responsabilidade processual. A despeito de origens distintas, as características do dano são as mesmas em razão da própria definição de dano como lesão a um direito juridicamente relevante. E, a despeito de sua existência ser o ponto nodal da responsabilidade, seus caracteres não integram a relação de responsabilidade. O dano é um fenômeno que não se situa no interior da relação de responsabilidade, que é a relação jurídica que se forma entre agente e vítima. Melhor explicando, é apenas a existência do dano (o *an debeat*) que está no âmago da relação de responsabilidade. Suas características são importantes para que se possa identificar com mais precisão a formação da relação de responsabilidade. Mas, uma vez configurada a lesão capaz de deflagrar o dano, eventual investigação tem validade para a quantificação da indenização (o *quantum debeat*), mas sem qualquer interferência na responsabilidade.

Dessa forma, percebe-se que a identificação do dano como patrimonial ou extrapatrimonial não guarda relação com a natureza da responsabilidade, mas tão somente com a natureza do interesse juridicamente relevante pretensamente violado. E as consequências dessa violação a serem reparadas não terão alterações, seja como decorrência de um ato civil, seja de um ato processual.

Em se tratando de responsabilidade processual, na esteira da lição de Fernando Luso Soares, é

possível vislumbrar o dano como fato gerador de duas modalidades de obrigação: danos obrigação de reembolso e obrigação de indenização²¹⁰. A primeira diz respeito à condenação no pagamento das despesas antecipadas pelo vencedor; já a obrigação de indenização concerne à recomposição dos danos causados pela prática de atos processuais no decorrer do processo.

A previsão do reembolso das despesas efetuadas pelo vencedor é trazida pelo parágrafo segundo do artigo 82 do Novo Código de Processo Civil²¹¹, em repetição à previsão do artigo 20 do CPC/73. Por sua vez, o artigo 84 do NCPC²¹² (idêntica disposição do parágrafo segundo do artigo 20 do CPC/73) traz a definição legal dos gastos enquadráveis como despesas reembolsáveis. A qualidade de tais despesas como dano impingido ao vencedor é patente. Destacado o litigante vencedor pela prolação da sentença a seu favor, percebe-se que existe a possibilidade de esse ter tido gastos inerentes ao processo em razão sua integração em um dos polos processuais (seja tendo que iniciar um processo para ver resguardado direito seu, no caso de ser o autor; seja tendo que defender em um processo a fim de evitar uma incursão a sua esfera de direitos, no caso de ser o autor). Esses gastos, por sua vez, acarretam em um decréscimo patrimonial ao vencedor, ensejando, pois dever de recomposição e formando a relação jurídica de responsabilidade.

A questão que se põe, contudo, é acerca da própria natureza processual dessa responsabilidade que exsurge. A princípio, pode aparentar ser meramente uma relação de direito civil²¹³, em razão de se tratar do reembolso de uma despesa que, em princípio, quem deu causa fora o vencido. Fernando Luso Soares, inclusive, aponta tal situação como a que poderia levar a essa conclusão. Contudo, explica o professor português que essa relação é apenas aparente. A obrigação de reembolso surgira da previsão de direito material no sentido de que aquele que realiza gastos em interesse alheio tem o direito de reembolsar-se²¹⁴ desses gastos²¹⁵. Contudo,

²¹⁰ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, p.219.

²¹¹ Art. 82. (...)

²¹² § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

²¹³ Art. 84. As despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha.

²¹⁴ Helena Najjar Abdo afirma categoricamente que a responsabilidade pelo custo do processo é de natureza material, em razão da formação de uma nova relação obrigacional. (ABDO, Helena Najjar. O (equivocadamente) denominado "ônus da sucumbência" no processo civil. **Revista de Processo**, v. 140, p. 37-53, 2006, p.43)

²¹⁵ Previsão semelhante existe no direito pátrio. Trata-se do artigo 305 do Código Civil (art.305. O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor). Caso reconhecida a obrigação de direito material, sua aplicação dar-se-ia de forma analógica no sentido de que o vencedor que adianta valores referentes a despesas o faria sem interesse, já que o devedor dessa obrigação seria o vencido. O vencedor seria não interessado, para fins do artigo 305, em razão de

os dispêndios relacionados aos custos do processo adiantados pelo vencedor são efetuados em interesse próprio. O interesse do vencedor (que ainda ao é sabido que o será) em realizar essas despesas é alcançar uma decisão a si favorável. Interesse, inclusive, diametralmente oposto ao do vencido. Explicitando essa natureza processual Fernando Luso Soares expõe que:

Em processo a coisas é diferente: quem prepara (entrega preparos em juízo), dispense em proveito próprio, e a atitude da parte que carece de razão, e é por isso vencida a final, constitui-se lesiva dos direitos da outra. Em suma, a obrigação de reembolso é aqui uma forma de indemnizar por essa lesão ou dano²¹⁶.

O interesse próprio do vencedor fica evidente quando da discriminação de quais custos compõem as despesas se verifica a presença de elementos cujo gasto seria de interesse exclusivo do vencedor, tais como diárias de testemunha e assistente técnico. São dispêndios, inclusive, feitos no intuito de reforçar que a parte está com a razão e que poderiam ou não ser feitos. Têm sua origem, portanto, no seio do próprio processo e se exaurindo também no processo, cabendo apenas a recomposição no momento em que finalizado o processo.

Em sentido semelhante, Francesco Carnelutti também extrai o caráter processual das despesas adiantadas pelo vencedor também da ideia de justa composição da lide, indicando que se o dano ocasionado pelo processo àquele que tem razão não for ressarcido, não haveria efetiva composição justa da lide²¹⁷.

Por seu turno, a obrigação de indenização tem assento em diversos dispositivos legais. São previsões em que o legislador aponta a responsabilidade decorrente da prática de algum ato processual. Nesse particular há uma maior aproximação com o dano previsto na responsabilidade de direito material, mas com ele não se confunde. E ao contrário da obrigação de reembolso, não há uma participação ativa da vítima do dano.

No desenvolvimento da relação processual, a eventual prática de alguns atos tem uma clara aptidão a causar danos à contraparte. Sob essa perspectiva, a norma processual tem como objetivo justamente barrar a utilização do processo como instrumento gerador de dano. A imputação de responsabilidade, portanto, serve como elemento a fim de resguardar a reparabilidade de danos originados do processo.

não ser nem parte da relação obrigacional (que seria formada entre vencido e Estado) nem sofrer os efeitos de eventual inadimplemento.

²¹⁵ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, pp. 218-219.

²¹⁶ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, p. 221.

²¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones de proceso civil**: traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959, vol I, p. 359.

Nessa esteira, destaca-se que, a princípio, a responsabilidade processual em se tratando da supra mencionada obrigação de indenização independe do resultado do processo. Ou seja, a ocorrência do dano como resultado de um ato processual, por si só, já ensejaria a responsabilidade. Tal assertiva, contudo, é apenas parcialmente válida. Sua validade tem lugar quando diante da chamada responsabilidade processual subjetiva, ou seja, quando se exige a presença do elemento volitivo. É a hipótese prevista no artigo 81 do Novo Código de Processo Civil²¹⁸, que determina que a condenação em litigância de má-fé deve abarcar também a indenização pelos prejuízos sofridos. Ainda que de caráter ressarcitório, tal previsão surge como norma cujo objetivo é zelar pelo bom comportamento dos litigantes. Daí, inclusive, a irrelevância de ser o litigante o vencedor ou o vencido na demanda.

Mas também há hipóteses em que o resultado da demanda é determinante para a configuração ou não da relação de responsabilidade. Como o elemento volitivo é dispensado, o risco da ocorrência do dano é que surge como fundamento dessa relação. O insucesso da demanda, por sua vez, indica que o ato praticado carecia de substratos, sendo a responsabilidade uma decorrência do risco a que estava submetido o agente ao praticar o ato processual em o grau de certeza suficiente. Os exemplos mais marcantes são os previstos no artigo 302 do NCPC²¹⁹ (artigo 811, CPC/73) referente à responsabilidade objetiva pela efetivação da tutela de urgência, e o previsto no inciso I, do artigo 520 do NCPC²²⁰ (artigo 475-O, I, CPC/73), referente ao cumprimento provisório de sentença.

Nos casos de responsabilidade processual fulcrada na obrigação de indenização, os danos devem estar efetivamente demonstrados. Por sua vez, e ao contrário da responsabilidade processual em que figura como elemento a obrigação de reembolso, é possível se vislumbrar a configuração de qualquer das modalidades de dano expostas quando analisada a

²¹⁸ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

²¹⁹ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

²²⁰ Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

responsabilidade civil, ou seja, nesses casos, a responsabilidade processual não se limitaria apenas aos danos materiais, mas também pode abarcar os danos extrapatrimoniais.

3.3.3 ATO PROCESSUAL GERADOR DE DANO

Para se falar em responsabilidade processual, partindo da classificação apresentada por Fernando Luso Soares acima explicitada e trazendo para a classificação mais ampla adotada no presente trabalho, é preciso estabelecer a relação de imputabilidade do dano. Dado o primeiro passo ao identificar a quem será imputada a responsabilidade e o fato gerador da responsabilidade (o dano), primordial a identificação do pressuposto atinente ao aparecimento do dano, qual seja, a conduta violadora do interesse juridicamente relevante. Em se tratando de responsabilidade processual, as características da conduta que levam à sua formação se apresentam mais restritas que a conduta ensejadora da responsabilidade civil.

A conduta que tem aptidão a dar ensejo à responsabilidade processual é aquela praticada no âmbito do processo. Ou seja, somente há que se falar em responsabilidade processual diante da prática de um ato jurídico processual. É possível se falar, destarte, que o pressuposto dinâmico da responsabilidade processual é o ato processual que venha a gerar um dano. O primeiro ponto que merece atenção, portanto, é a definição da conduta como um ato jurídico.

A adjetivação do ato como jurídico indica sua relevância para o Direito, ou seja, trata-se de um ato que ocorre no plano fático mas que, dada sua relevância, é transportado ao plano jurídico e lhe é atribuída uma consequência jurídica. Nessa linha, o ato jurídico apresenta-se como espécie de fato jurídico²²¹, no qual o ato humano dotado de voluntariedade se mostra imprescindível à sua configuração. Essa voluntariedade, atente-se, diz respeito à prática do ato em si, e não do alcance das consequências do ato. Paula Sarno Braga o define como “aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo que a vontade em praticá-lo não só é relevante, como é indispensável para a sua configuração”²²². Essa

²²¹ Marcelo Abelha Rodrigues define fato jurídico como: “todo acontecimento relevante no mundo jurídico, ou seja, capaz de criar, modificar ou extinguir direitos” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 229)

²²² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 293-320, p. 301.

definição é atinente ao ato jurídico *lato sensu*.

Como duas espécies de atos jurídicos tem-se o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. No primeiro caso, a atuação humana limita-se na vontade de praticar o ato, sem qualquer influência em relação aos seus efeitos; esses são expressamente previstos na norma e são inafastáveis. Paula Sarno Braga afirma que “há, aqui, a vontade livre e consciente na prática do ato, mas não se exige, contudo, a vontade da produção de um resultado eleito.”²²³ Já no caso do negócio jurídico, a atuação da vontade do agente é mais ampla, podendo se dar tanto na exteriorização de sua vontade de praticar o ato quanto no enquadramento jurídico e nos efeitos que essa vontade terá aptidão de gerar, cabendo ao legislador definir a amplitude da liberdade nesse segundo componente. Paula Sarno Braga destaca que:

A vontade manifestada compõe o suporte fático (como elemento nuclear), atribuindo-se ao sujeito, dentro de limites pré-fixados pela lei, o poder de escolha da categoria jurídica e de regramento dos seus efeitos (oscilando em sua amplitude, surgimento, permanência e intensidade)²²⁴

A segunda qualificadora do ato ensejador da responsabilidade processual é, justamente sua qualificação como processual. Partindo do conceito de ato jurídico *lato sensu* acima apresentado e adotando-o, o caminho para uma conceituação do ato jurídico processual passa pela transposição de tal conceito para o plano processual. *A priori*, identificar um ato como processual não apresentaria problemas: basta ser praticado no processo. Todavia, um exame mais qualificado não permite adotar pura e simplesmente essa assertiva como base da natureza processual de um ato.

Sob essa perspectiva, Francesco Carnelutti destaca que a qualidade processual de um ato jurídico advém da hipótese de também ser processual a situação jurídica constituída, substituída ou modificada por tal ato, concluindo que a processualidade do ato não se deve à sua realização no processo, mas sim de sua importância para o processo²²⁵. Nesse mesmo sentido, Paula Sarno Braga, ao tratar do fato processual²²⁶, assevera que esse seria “fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir

²²³ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 293-320, p. 302.

²²⁴ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 293-320, p. 304.

²²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones de proceso civil**: traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959, vol I, p. 425.

²²⁶ À semelhança do que ocorre na relação entre fato jurídico e ato jurídico, é possível identificar uma relação de gênero-espécie quando se fala em fato jurídico processual e ato jurídico processual, sendo aquele conceito mais abrangente do que esse. Assim, do conceito de fato jurídico processual é possível alcançar o conceito de ato jurídico processual.

efeitos dentro do processo”²²⁷. Aportando tal assertiva ao ato jurídico processual, percebe-se a característica de ser processual advém da conjunção de dois elementos: a previsão em norma jurídica processual e os efeitos dentro do processo.

A potencialidade de gerar efeitos no processo não está diretamente vinculada com a adequação do ato jurídico processual ao direito, ou seja, a contrariedade ao direito não retira o caráter jurídico (e processual) desse ato. Tanto o ato processual lícito quanto o ato processual ilícito são aptos a gerar efeitos e, no que interessa ao presente trabalho, a ensejar a responsabilidade processual.

O ato processual lícito *lato sensu*, tal qual o ato jurídico *lato sensu*, pode ser dividido em ato processual *stricto sensu* e negócio processual²²⁸. Em ambos se exige a volitividade para a prática do ato, diferenciando-se em relação à influência que a vontade do agente tem perante os efeitos do ato. No ato processual *stricto sensu*, a vontade é irrelevante à produção de efeitos; no negócio processual há espaço para que a vontade atue também em relação ao enquadramento jurídico e efeitos da exteriorização da vontade. A grande maioria dos atos processuais podem ser enquadrados como ato processual em sentido estrito, cabendo à parte tão somente a opção de praticá-los ou não e se sujeitando aos efeitos dessa opção. Por sua vez, os negócios processuais vêm ganhando maior força. Se antes havia uma limitação a esses, sendo o foro de eleição e a transação como os exemplos mais marcantes, com o Novo Código de Processo Civil é possível identificar uma maior importância à vontade das partes, conferindo-lhe também força normativa, como é o caso do artigo 191²²⁹, em que há a expressa previsão de estabelecimento de convenção acerca da prática de atos processuais.

Os atos processuais ilícitos, como já dito, também geram efeitos perante a relação processual. A sua prática, por óbvio, é vedada e, dessa forma, de prática não esperada. Contudo, tendo ciência da possibilidade real de as partes atuarem em desconformidade às previsões legais, a norma processual deve se preocupar também em estabelecer efeitos (sanções) nos casos de violação de seus preceitos. Possuem, portanto, aptidão a modificar, criar ou extinguir situações processuais.

²²⁷ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 293-320, p. 314

²²⁸ Não vamos adentrar na discussão acerca do reconhecimento como categoria autônoma do ato-fatos processual. Essa autonomia ou seu enquadramento como ato processual *stricto sensu* não invalida as conclusões que serão alcançadas e a discussão acerca dessa eventual distinção fugiria consideravelmente do tema proposto no presente trabalho

²²⁹ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Com base nessas premissas, é possível identificar que somente há que se falar em responsabilidade processual quando o ato praticado tiver relevância perante a relação processual e que venha a acarretar danos a outra parte.

A responsabilidade processual pela prática de ato processual ilícito se mostra evidente. A contrariedade ao Direito não pode deixar aquele que o sofreu sem a devida composição. Nessa linha, a litigância de má-fé se mostra como exemplo clássico em que o ato processual cuja prática é vedada tem como efeito a imputação de responsabilidade no caso de constatação do dano.

Por outro lado, atos processuais lícitos também têm aptidão a gerar responsabilidade processual. Contudo, somente ato processual *stricto sensu* é que dá ensejo à responsabilidade processual. A responsabilidade processual exsurge previsão normativa de sua imputação ao agente pelos danos causados a outra parte processual. Afasta-se, pois, a possibilidade de a vontade do agente exercer alguma influência acerca dos efeitos ou enquadramento jurídico. Assim, e apresentando como exemplos de atos processuais lícitos ensejadores de responsabilidade, tem-se àquela decorrente da efetivação de tutelas de urgência e posterior improcedência da demanda e a decorrente do cumprimento provisório de sentença no caso de reforma da sentença. São atos lícitos, já que permitidos pela legislação processual mas, quando geradores de danos, podem ter como efeitos a imputação da responsabilidade.

3.3.4 NEXO DE CAUSALIDADE

A mera existência de dano e a prática de um ato processual não implicam em necessária imputação de responsabilidade. É imprescindível que entre o ato processual e o dano sofrido pela outra parte haja um liame que permita concluir que esse ocorreu em razão daquele. Necessário, portanto, o nexo de causalidade entre o ato processual e o dano. O nexo de causalidade, em se tratando de responsabilidade processual não se diferencia do nexo de causalidade em sede de responsabilidade. Em ambos se perquire se entre a conduta humana e o dano alegado há uma relação de causa e efeito, se o dano fora causado pelo ato descrito. É o pressuposto que permite a interconexão entre os demais pressupostos e consolidando, assim, a imputação do dano e descortinando a relação de responsabilidade.

Por outro lado, em se tratando de responsabilidade processual, a identificação dessa relação de causalidade se mostra menos tormentosa do que quando diante da responsabilidade civil. A responsabilidade processual é diz respeito a universo de atos mais reduzidos, já que o próprio processo é uma limitação dos fatos ocorridos. A necessidade de judicialização por meio de normas processuais acaba por afastar um sem-número de situações que, quando observadas sob o prisma da responsabilidade processual, poderiam ensejar uma amplitude de causas de eventual dano. Assim, a responsabilidade processual, devido a esse corte do campo dos fatos que limita a amplitude da busca pela causa do dano, não padece dos mesmos problemas em relação ao nexo causal existentes na responsabilidade civil.

Contudo, as soluções apresentadas em sede de responsabilidade civil se mostram plenamente válidas também para a responsabilidade processual, permitindo, inclusive, um melhor aprimoramento da busca pela reparabilidade dos danos causados pelos atos processuais a fim de evitar a utilização do processo como instrumento causador de dano.

Um exemplo bem definido do nexo de causalidade na responsabilidade processual é encontrado quando examinada a condenação no pagamento das custas processuais pelo vencido ao vencedor. É largamente aceito que tal condenação decorre do princípio da sucumbência, ou seja, a recomposição dos danos concernentes às despesas adiantadas deve ser efetuada pela parte sucumbente como decorrência direta de sua derrota no processo. Quando há resolução de mérito, a questão das despesas se resolve de forma mais simples: ao vencido é imputada responsabilidade pelo pagamento. A sucumbência nada mais faz nessa hipótese do que indicar qual das partes deu causa ao processo.

Pode-se, pois, destacar que não é a sucumbência propriamente dita a razão da imputabilidade da condenação no pagamento das despesas ao vencido. A sucumbência acaba por funcionar como um elemento que destaca o nexo de causalidade entre a resistência daquele que fora vencido e os custos do processo. Nesse sentido, Helena Najjar Abdo destaca que “na verdade, a sucumbência é, como dito, um indicador do verdadeiro princípio que deve prevalecer em matéria de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo: o da causalidade”²³⁰. Seguindo mesma linha, Frederico do Valle Abreu, concluindo pela explicitação do princípio da causalidade como suporte jurídico à responsabilidade pelas despesas do processo assevera que “responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja atribuindo-se

²³⁰ ABDO, Helena Najjar . O (equivocadamente) denominado "ônus da sucumbência" no processo civil. **Revista de Processo**, v. 140, p. 37-53, 2006, p. 42.

razão sem ter (pretensão auto-atribuída), seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter provimento satisfatório e permitido”²³¹

Percebe-se que a imputação da responsabilidade pelo pagamento das despesas se dá como reflexo da confirmação do nexo causal entre nas situações em que não há propriamente uma condenação do vencido, e em especial naquelas situações em que há perda superveniente do objeto. A imputação da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais recai sobre aquele que deu causa ao processo. Exemplo claro também se observa no enunciado da súmula 303 do Superior Tribunal de Justiça²³², reconhecendo que tais despesas, em sede de embargos de terceiro, devem ficar a cargo de quem deu causa ao processo. Outras situações em que a causalidade é o elemento que induz à imputação de responsabilidade são previstas no Novo Código de Processo Civil, tais como na divisão proporcional das despesas e honorários entre os vencidos (artigo 87 e seu parágrafo primeiro)²³³; a imputação, no caso de desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido, da responsabilidade à parte que desistiu, renunciou ou reconheceu (artigo 90)²³⁴; e a imputação responsabilidade pelas despesas dos atos adiados ou de com necessidade de repetição àquele que der causa, sem justo motivo, ao adiamento ou à repetição (artigo 93²³⁵).

Tem-se, em verdade, um critério único para a imputação da responsabilidade pelas despesas processuais: é responsável aquele que der causa às despesas, com base no princípio da causalidade, ainda que em certas situações essa causalidade esteja indicada pela sucumbência. Por sua vez, o princípio da causalidade nada mais é do que o transporte do nexo de causalidade reconhecido do direito civil para a responsabilidade processual. Nexos de causalidade, portanto, agindo como pressuposto da responsabilidade processual.

Nas hipóteses indenizatórias concernentes à responsabilidade processual também se percebe a atuação do nexo de causalidade como elemento a consolidar a relação de imputação do dano

²³¹ ABREU, Frederico do Valle . O custo financeiro do processo. Revista dos Tribunais, v. 818, n.dez, p. 65, 2003, p. 67.

²³² STJ – Súmula 303: Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.

²³³ Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários.

§ 1º A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no caput.

²³⁴ Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

²³⁵ Art. 93. As despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição.

ao agente. À semelhança do que ocorre na responsabilidade civil, a prática de um ato que acarrete em dano, impõe que se estabeleça uma relação de causalidade para que se concretize a imputação da responsabilidade processual prevista na norma dessa processual.

3.3.5 O ELEMENTO VOLITIVO

A investigação acerca do elemento volitivo em se tratando de responsabilidade processual é a exceção, haja vista a maior veiculação de hipóteses de responsabilidade objetiva. Todavia, o elemento volitivo na responsabilidade processual cumpre importante papel perante a relação processual.

Se na responsabilidade civil subjetiva a culpa cumpre o papel de valorar a conduta humana no sentido de aferir a observância de diligência no seu atuar e, com base nessa valoração do comportamento imputar a responsabilidade, na responsabilidade processual os deveres a serem observados são mais estritos e, por isso mesmo, normativamente previstos. A volitividade, no caso da responsabilidade processual, está ligada com mais força à violação a deveres de probidade e lealdade exigido das partes no processo, exsurgindo dessa violação o dever de reparar o dano.

Seguindo a especificidade o elemento volitivo em se tratando da responsabilidade processual, importante destaque deve ser feito ao fato de não se cogitar no dever de indenizar por culpa; faz-se necessária a presença de dolo do agente. Eventual imprudência, imperícia ou negligência não importam para fins de responsabilidade, afinal, tais características se mostram incompatíveis com a má-fé que é imputada ao litigante. Extrai-se o dolo da noção de dolo eventual do direito penal. Ainda que não se possa falar que a parte reputada como litigante de má-fé tenha agido assim a fim de causar um dano à outra parte (em geral, age assim visando um benefício a si próprio, sendo o dano à outra parte apenas um efeito colateral), seu comportamento processual indica a ausência de preocupação em não causar danos. Como bem indicam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “o limite entre [o dolo eventual

e] a culpa é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado”²³⁶. A infração aos deveres de lealdade e probidade, mormente se termos em conta que os atos são tipificados, impõe seja reconhecido que a litigância de má-fé corresponde ao dolo eventual no sentido de que, ciente da potencialidade lesiva e da antijuridicidade expressamente descrita na norma processual, o autor ainda sim age em confronto com as previsões que estipulam o que é litigância de má-fé, ignorando, portanto, potencial dano que possa causar.

Assim, percebe-se que a responsabilidade processual aparece nos dois ápices: ou responde por dolo, ou independente do animus, deixando o meio termo (que seria a culpa) sem o abrigo. Dada a inversão da sistemática para fins de responsabilidade, ou seja, devido ao fato de em sede de responsabilidade processual a regra ser a responsabilidade objetiva, deixar de conferir relevância jurídica à culpa *stricto sensu* não apresenta quaisquer dificuldades. Em sendo objetiva a responsabilidade como regra, as razões para se impor a responsabilidade por culpa se esvaem em benefício da reparação do dano. E, quando a responsabilidade exsurge acompanhada de um indicativo de reprovabilidade do próprio ato gerador do dano (e não apenas reprovando o dano), o dolo se faz necessário face ao seu caráter punitivo.

No ordenamento processual pátrio se mostra ainda mais ligado à ideia de culpa normativa. A legislação expõe os atos que, quando praticados, levam à conclusão de que a parte estava de má-fé. Nessa linha, a investigação de cunho psicológico tem sua importância consideravelmente limitada. Ainda que as disposições acerca da configuração da litigância de má-fé apresentem certo grau de subjetividade (e, por isso, se insiram em análises do aspecto anímico do sujeito), essa possui um grau de concretude mais acentuado que na culpa *stricto sensu* exigida da responsabilidade civil subjetiva. Para ser considerado litigante de má-fé basta a prática de atos vedados e assim reputados. Sua prática pressupõe a violação aos deveres de probidade e lealdade, não sendo relevante se o estado anímico da parte assim se caracterizava – à exceção dos elementos anímicos previstos na própria norma.

3.4 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE PROCESSUAL

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 435.

No bojo das normas de imputação de responsabilidade processual existente no ordenamento processual pátrio é possível destacar dos sistemas de responsabilidade bem distintos: a responsabilidade processual subjetiva e a responsabilidade processual objetiva. À semelhança da responsabilidade civil, essa divisão é possível de ser feita com base na presença ou não do elemento volitivo para fins de configuração da relação de responsabilidade. Na responsabilidade processual, destarte, sua finalidade precípua também permite essa divisão. Dessa maneira, constata-se que as hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetivas processuais também possuem estrita ligação com à natureza do ato que se pretende evitar. As de cunho subjetivo tratam de deveres morais, de respeito, probidade honestidade que deve guiar os litigantes. Já os de ordem objetiva tem como cerne a questão de não deixar um dano sem a devida reparação, impedindo a utilização do processo como instrumento a serviço de impingir danos a outrem (no caso, à outra parte no processo).

3.4.1 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL SUBJETIVA

A perquirição do elemento volitivo para fins de imputação de responsabilidade, em se tratando de responsabilidade processual possui peculiaridades. Como delineado alhures, a responsabilidade processual subjetiva exsurge quando a parte atua no processo de modo a infringir os deveres de lealdade e probidade exigidos dos litigantes. Exige-se, portanto, a volitividade nessa infração. Por sua vez, a vontade de praticar o ato reputável como caracterizador de litigância induz que o resultado danoso, se não almejado pelo agente, no mínimo é aceito.

Diz-se ainda que a responsabilidade processual subjetiva impõe a presença do dolo em razão da incompatibilidade na aceitação da culpa *stricto sensu* com o direito de ação ou de defesa. É necessário ter em mente o caráter sancionatório que a condenação por litigância de má-fé possui no ordenamento. Os atos que induzem à conclusão pela litigância de má-fé têm por marca trazerem referência a uma atuação em que a prática do ato processual extrapola a sua finalidade no tocante à produção de efeitos normais no processo, utilizando-se de artifícios contrários à boa-fé com os quais poderá alcançar algum benefício. Mais uma vez percebe-se a utilização da responsabilidade como instrumento de manutenção da probidade na marcha

processual.

Diz-se ainda se fazer necessária a presença de dolo para fins de configuração da responsabilidade processual subjetiva em razão de que a mera prática de atos processuais que venham a causar dano, quando prevista a imputação de responsabilidade, não pode corresponder à violação a um dever de cuidado. Não se pode considerar como culposos os atos de entrar em juízo ou de se defender em um processo em razão do direito constitucional de ação e da ampla defesa. Ou se imputa a responsabilidade com base no risco processual ou exige-se a má-fé por parte do litigante.

Acerca da responsabilidade processual subjetiva é possível notar ainda que se difere da responsabilidade civil subjetiva pelo fato de se tarifada, ou seja, somente é considerado o elemento volitivo se praticado certos atos previstos na lei. Nesse ponto, Barbosa Moreira chega a afirmar que nem mesmo seria necessária a previsão legal reputando o litigante como de má-fé, bastando a mera menção à responsabilidade pela inobservância dos preceitos legais²³⁷. Todavia, a menção à má-fé como indutor da responsabilidade deixa claro que se tratam de atos de elevada reprovabilidade perante o ordenamento processual e indicando que quem os pratica o faz assumindo os riscos de que sua atuação ilícita pode causar danos.

Com a exigência de que para ser considerado de má-fé deve o litigante praticar os atos descritos na norma processual (nos incisos do artigo 80 do NCPC, mas que tratam de repetir as previsões do Código de Processo Civil aprovado em 1973), percebe-se que o legislador processual já adotara um conceito puramente normativo e estrito acerca do elemento volitivo da responsabilidade, mostrando-se à frente do conceito até então adotado pela civilística pátria (e que ainda é possível se observar), muito apegada ao caráter psicológico da culpa.

3.4.2 RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA

A responsabilidade processual objetiva, apontada alhures como a regra em sede de responsabilidade processual, é imputada ao litigante que, mediante a prática de um ato

²³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por Dano Processual no Direito Brasileiro. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977 p. 24.

processual lícito, causa danos ao outro litigante. Todavia, tal imputação deve decorrer de uma norma processual determinando o dever de reparar por danos de tal natureza. A finalidade da responsabilidade processual objetiva é simplesmente a reparação do dano, ficando afastado eventual caráter punitivo. E é bem simples chegar a tal assertiva. A prática de atos processuais é, obviamente, uma atividade lícita e, por isso, não haveria razão de se impedi-la. Seria, inclusive, uma afronta à Constituição. Contudo, também não se pode de ter em mente que certos atos podem gerar danos a outrem (e, especificamente no processo, à outra parte). E tais danos, quando ausente sustentação legal, devem ser reparados.

Na tentativa de contrabalancear o potencial lesivo que a prática de certos atos processuais tem, e com o foco na reparabilidade de danos, entra em cena a questão do risco processual. Na responsabilidade civil, é o risco o fundamento para a sua imputação. Na responsabilidade processual também. No particular, trata-se do risco processual. Francesco Carnelutti trata o risco processual como “um sistema de estímulos e contra-estímulos aptos para solicitar e retificar sua ação [da parte]”²³⁸. Sob essa perspectiva, a figura do risco processual serve como elemento incentivador de uma atuação mais cautelosa das partes, tendo em vista que certos atos processuais, por causa do mencionado potencial lesivo, quando praticados implicarão na responsabilização independente de existência de culpa quando causarem danos. Ainda sobre o risco processual, Fernando Luso Soares bem delineia que, ao contrário do risco relacionado à responsabilidade civil que decorre da pressão geral exercida sobre a massa dos potenciais agentes responsabilizáveis, na responsabilidade processual objetiva cada processo é uma fonte individual de riscos²³⁹.

A partir da ideia de ampla reparabilidade inerente à responsabilidade processual objetiva, é possível destacar dois grupos de hipóteses previstas no ordenamento que dão ensejo a essa modalidade de responsabilidade: a responsabilidade pelas despesas do processo e a responsabilidades por atos executivos não definitivos.

Acerca da imputação de responsabilidade pelas despesas no processo, uma primeira observação merece ser feita. A despeito de a ordem processual a considerá-la como implicitamente requerida, somente tem lugar em razão justamente da previsão dessa modalidade de condenação, ou seja, de que o vencido arcará com as despesas antecipadas

²³⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, vol 2. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 115.

²³⁹ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987, p. 133.

pelo vencedor.

Por sua vez, como recorrente na responsabilidade objetiva (processual ou civil), o risco é sua força motriz. Trata-se do risco decorrente da utilização do processo. É inegável ser o processo uma fonte apta a causar danos. Nessa esteira, a culpa não cumpriria o papel de instaurador da recomposição de forma satisfatória. Entra em cena, então, a causalidade como instauradora da responsabilidade pelo reembolso das despesas adiantadas²⁴⁰; responsabilidade objetiva, portanto.

Também é preciso destacar a Tentativa de evitar a utilização do processo como tão somente fonte de danos à outra parte. O litigante, sabedor de não ter razão em sua pretensão (ou resistência), se veria desestimulado a manter tal comportamento, pois teria ciência de que, ao final, será condenado em reparar os danos concernentes às despesas processuais. Neil Andrews destaca essa finalidade:

Esta regra tem também o óbvio mérito de agir como desincentivo às demandas e defesas: qualquer litigante está ciente do risco de ficar sujeito à responsabilidade de pagar valores elevados de custos (os seus e os de seu oponente) caso tenha o infortúnio de perder a causa²⁴¹.

Destacada a responsabilidade objetiva pelo pagamento das despesas, um ponto que merece atenção é a condenação no pagamento de honorários advocatícios. As despesas e os honorários comumente são denominados de “ônus de sucumbência”. Contudo, apenas a condenação referente às despesas é que guarda relação com a responsabilidade processual, inexistindo, pois, essa relação entre a responsabilidade processual e a condenação em honorários advocatícios. Dois fundamentos sustentam essa afirmação. O primeiro tem guarida na ausência do preenchimento do primeiro pressuposto da responsabilidade processual elencado: a qualidade de parte. O beneficiário da verba referente aos honorários advocatícios é o advogado, e não seu cliente. Não sendo parte, não há que se falar em responsabilidade processual. O segundo diz respeito à finalidade dessa condenação. Apesar de muita controvérsia, a condenação em honorários não atende à finalidade de ressarcir a parte de um gasto que teve, pois, além de não ser o destinatário, ainda que o fosse, inexistiria necessária correspondência entre os valores gastos e o valor da condenação, uma vez estar o magistrado adstrito não aos termos da contratação, mas sim à previsão legal, o que acarretaria em uma

²⁴⁰ ABDO, Helena Najjar . O (equivocadamente) denominado "ônus da sucumbência" no processo civil. **Revista de Processo**, v. 140, p. 37-53, 2006, p. 42.

²⁴¹ ANDREWS, Neil. Fundamentos dos custos legais: responsabilidade do vencido, acesso à justiça e disciplina processual. *Revista de Processo*, v. 39, n. 229, p. 339-355, mar. 2014, p 343.

“reparação” incompleta²⁴².

O segundo grupo de hipóteses dá ensejo à responsabilidade processual objetiva diz respeito à responsabilidade por atos executivos não definitivos. O ordenamento jurídico processual pátrio outorga aos litigantes algumas possibilidades de executar um provimento jurisdicional não definitivo. Em geral, tal possibilidade é conferida com amparo na efetividade da jurisdição. São hipóteses em que o legislado entendeu que permitir o pronto gozo (ou ao menos o início dos atos executivos) conferirá maior proteção ao potencial beneficiário. Exemplos são a possibilidade de se proceder ao cumprimento provisório de sentença, a efetivação das tutelas de urgência e a constituição de hipoteca judiciária.

Contudo, esse benefício não vem desacompanhado de consequências. Tendo em vista aptidão a causar danos à parte que suportará tais atos, é imputada a responsabilidade objetiva em caso de danos decorrentes dessas medidas. Trata-se de um contrabalanceamento dos riscos inerentes a essa atividade processual. Assim, se de um lado o beneficiário dessas medidas terá um direito seu resguardado, caso essas medidas causem danos, deverá arcar com o ressarcimento independentemente de culpa. Tal temática será aprofundada no último capítulo do presente trabalho.

²⁴² MARQUES, Bruno Pereira. . A incompatibilidade sistêmica da compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca. In: MAZZEI, R. R.; LIMA, M. P.. (Org.). **Honorários de advogado**: aspectos materiais e processuais. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 104.

4 ASPECTOS ESTRUTURANTES DA TUTELA DE URGÊNCIA

Para se perpetrar uma análise acurada acerca da responsabilidade pela efetivação de tutelas de urgência, mostra-se imprescindível a incursão nos aspectos que estruturam a própria ideia de tutela de urgência no direito pátrio. Dessa forma, estabelecidas as premissas que conformam as tutelas de urgência, a aproximação da discussão acerca da responsabilidade ganha maiores luzes, permitindo estabelecer a legitimidade de eventuais restrições e consequências.

A despeito de seu ingresso no ordenamento processual em momentos diferente (a tutela cautelar prevista desde o CPC/39, sob a denominação de medidas preventivas; a tutela antecipada incluída no CPC como regra aplicável ao procedimento comum pela lei 8.952/94), as espécies de tutelas de urgências comportam um estudo integrado, tendo como elemento unificador o foco em debelar os riscos do tempo no processo. Essa perspectiva de análise fica marcante no Novo Código de Processo Civil, em que a tutela cautelar e a tutela antecipada são tratadas em conjunto, distinguindo-se tão somente no tocante à sua postulação em caráter antecedente.

4.1 A RELAÇÃO ENTRE TEMPO E PROCESSO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

A função precípua da jurisdição é debelar crises jurídicas, decorrentes de conflitos de interesses surgidos no seio da sociedade. Essas crises podem ser de certeza (quando se busca o Judiciário com a finalidade de se debelar eventual dúvida acerca da existência ou não de certa relação jurídica) de situação jurídica (quando se mostra necessária a busca ao Judiciário para a mudança jurídica da situação que se encontrava o conflito anteriormente) e de cooperação (quando se mostra necessário o acesso ao Judiciário para se obter o cumprimento da norma jurídica descumprida²⁴³). O processo, por seu turno, é o instrumento adequado e assegurado para solucionar tais crises.

Nessa linha, é possível afirmar que o processo possui o objetivo precípua de entregar à parte o

²⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual da execução civil**. São Paulo: Forense Universitária, 2006.p. 12.

direito material que essa acredita que possui. É por meio do processo que o Estado-Juiz substitui a vontade dos sujeitos, dada a vedação, em regra, da autotutela. Durante o desenrolar do processo, com a apresentação das razões e produção de provas, são colhidos substratos que permitam melhor cognição acerca da demanda proposta a fim de identificar se o autor possui ou não o direito material postulado.

A observância das regras atinentes à prática dos atos processuais, e, principalmente, levando em conta os princípios do devido processo legal e do contraditório, mostra-se como imprescindível para que se legitime a atuação estatal na resolução de conflitos de interesses. O percurso a ser adotado pelo processo confere segurança à decisão a ser prolatada e, como sói lógico, demanda tempo.

Ocorre que, em certos casos, o tempo que fluirá com o prosseguimento regular do processo aparece como sério obstáculo ao direito material pleiteado ou ao próprio processo como instrumento de solução de conflitos. Isso ocorre em razão de o processo comum ser formatado de forma a se imputar ao autor o ônus do tempo do processo²⁴⁴, ou seja, é o autor quem sofre os efeitos que eventual demora na resolução do processo possa acarretar, seja ao direito material, seja ao próprio instrumento de perquirição deste. Essa formatação não leva em conta o que Cândido Rangel Dinamarco alerta como o “tempo como fator de corrosão de direitos”, completando a necessidade de empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo²⁴⁵. Essa ameaça pode vir de três maneiras: (i) a primeira hipótese é aquela em que o provimento é emitido quando o mal já está consumado e nada mais se pode fazer; (ii) a segunda diz respeito a uma tutela jurisdicional demorada, concedida após longa espera e muito sacrifício; (iii) a terceira é a do processo que, em razão do tempo de tramitação, deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para um resultado útil²⁴⁶.

José Roberto dos Santos Bedaque observando ser a grande luta do processualista moderno ser contra o tempo, destaca que, de um lado, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de ela não ser completa, ao passo ser impossível a entrega imediata da

²⁴⁴ MARINONI, Luis . Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 22-23.

²⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In Nova era do processo civil. 4.ed. rev, atual. aument. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 65

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In Nova era do processo civil. 4.ed. rev, atual. aument. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 66.

prestação, ante a necessidade de verificação efetivada existência do direito²⁴⁷.

A relação entre o processo e o tempo necessário para se alcançar seu objetivo (o de debelar crises jurídicas) também pode ser observada sob uma outra ótica: a ótica da economicidade do resultado. Não basta que o processo consiga debelar a crise jurídica instaurada. A solução apresentada pelo Estado-Juiz deve ser apresentada em momento em que ainda haja utilidade. Como bem lembra Gustavo Henrique Schneider Nunes, a dilação do resultado implica na imposição de custos e, a partir do momento em que esses custos superem o proveito a ser obtido com o ingresso em juízo, fica evidente ser essa uma má opção sob o ponto de vista gerencial²⁴⁸.

A perspectiva gerencial da questão temporal no processo permite que se encaminhe para uma perda de credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade. O tempo passa a ser utilizado também como instrumento de persuasão, ganhando força nas mãos daqueles com capacidade de suportar os efeitos que a demora na prestação jurisdicional ocasiona. E muitas vezes, esse tempo acaba como sendo um incentivador de más práticas, na medida que, além de desacreditar o Judiciário como órgão hábil a solucionar discussões jurídicas satisfatoriamente, permite seja utilizado como instrumento de defesa e até mesmo de aumento de ganhos. Alcança-se um paradoxo: o Judiciário, que tem como objetivo mediato impedir a violação de direitos²⁴⁹, acaba servindo como um incentivador à violação de direitos, já que os ganhos auferidos enquanto se aguarda a solução superam eventuais consequências decorrentes de um julgamento desfavorável.

Não bastando o decurso do tempo para o encerramento do processo, com o cumprimento de todos os prazos e formalidades, a questão temporal vem ganhando novos contornos culturais, sendo encarada de outra forma pela sociedade. Modernamente é clara a impressão de que o tempo corre cada vez mais contra o processo. A velocidade nas interações humanas, nas comunicações, advindos da evolução tecnológica impõe também uma resposta célere às demandas originadas dessas interações. Por sua vez, esse incremento de velocidade não fora percebido satisfatoriamente em se tratando do processo. A demora em se apresentar uma

²⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

²⁴⁸ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 185.

²⁴⁹ Ainda que o principal objetivo do Poder Judiciário seja resolver os conflitos que aparecem na sociedade, impedindo a utilização da autotutela, não se pode olvidar que, atingindo esse escopo com eficiência, também exsurge um efeito dissuasório perante a sociedade, já que se espera que, caso ocorra o conflito, a resposta dada será útil. Incentiva-se, pois, o cumprimento voluntário das obrigações.

solução final por meio da relação processual não pode, contudo, significar ignorar a necessidade por respostas mais rápidas e eficazes.

Fernando da Fonseca Gajardoni explica que a demora na resolução do processo é característica inaliminável da justiça estatal contemporânea²⁵⁰, sendo, por isso, necessária a adoção de instrumentos que ao menos tenham a aptidão reduzam os efeitos dessa demora.

Por sua vez, a adoção de técnicas capazes de neutralizar os efeitos do tempo, em verdade, já era de muito conhecida pelo legislador pátrio. O exemplo clássico desse reconhecimento são as ações possessórias, presentes no ordenamento processual pátrio desde as primeiras codificações processuais. E mais. Presentes inclusive no corpo do Código Civil de 1916, legislação que primava basicamente pela regulação das atividades cíveis, não dirigindo olhares mais atentos à questão processual – visão típica da época. Mas as ações possessórias tiveram sua importância de tratamento básico nele veiculado.

Isso mostra os olhos do legislador voltado à pronta resolução dos conflitos envolvendo posse e propriedade de bens – bens imóveis, em especial. As questões “comuns” em regra eram submetidas ao ordinário itinerário processual, devendo o autor suportar os efeitos do tempo no direito invocado. Mas, em se tratando de questões possessórias (e seu subjacente tratamento da propriedade), não seria admitido pela comunidade jurídica que somente após a plena instrução e mediante cognição exauriente o autor teria afastada a violação ao seu direito de possuidor. Conferiu, portanto, as ações possessórias de instrumental que debelassem, de imediato, os efeitos do tempo.

Essa visão patrimonialista era aceita àquela época. Mas, em tempos mais modernos, com os efeitos do tempo sobre o direito discutido no processo ganhando importância no tocante às demais relações jurídicas, mormente quando se tratando de questões que extrapolem as meramente patrimoniais, como a tutela de direitos existenciais e de direitos e garantias fundamentais.

O mandado de segurança também é outro instrumento indicador da possibilidade de se combater os malefícios que o tempo causa no processo. Exigindo para seu manejo a comprovação de plano do direito invocado – ou seja, eliminando a possibilidade de realização

²⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Os reflexos do tempo no direito processual civil** (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). Revista de Processo, v. 153, p. 99-118, 2007. pp. 105-106.

de instrução probatória –, permitiu ao magistrado maior grau de confiança para proferir uma decisão interlocutória capaz de mitigar os efeitos que o lapso temporal exigido à prolação de uma decisão final. Como, via de regra, o autor não produziria mais provas, se o material apresentado permitisse concluir pela existência do direito alegado, as chances de essa conclusão ser a mesma obtida em sede de sentença são grandes. Assim, também em sede de mandado de segurança ao magistrado era conferido instrumental para, adiantando efeitos que a decisão final do processo, combater o “inimigo” inescapável do processo, que é a espera da decisão que afirmará quem tem razão.

Outra vez depara-se com um instrumento hábil, mas de uso restrito. Percebe-se, pois, uma contínua evolução na forma que os efeitos do tempo era encarada. Como será analisado oportunamente, também o processo cautelar fora utilizado com essa finalidade, chegando a situações em que as próprias consequências da espera por uma decisão final levavam a uma utilização diferenciada da tutela cautelar, sendo consideradas de superior relevância, em detrimento da finalidade meramente assecuratória que possuíam.

Percebe-se, pois, que a luta contra o “inimigo” tempo não é recente. Contudo, as armas utilizadas sempre continham restrições, exigindo-se requisito adicional que não apenas os malefícios que poderiam se fazer presentes. Finalmente, todavia, apenas as consequências ao direito tutelado ganharam a relevância necessária para que fossem por si só suficiente para ensejar instrumental a garantir a efetividade do provimento jurisdicional final.

É nessa esteira que ganha contínua força a utilização das tutelas de urgência como instrumentos hábeis a fornecer essa resposta ao menos em casos que essa resposta rápida for imprescindível, superando a mera expectativa de pronta resolução inerente ao ser humano, ganhando importância ainda como instrumento que interrompem a violação de direitos e impedem que seja o Poder Judiciário utilizado como forma de legitimar violações de direito.

Com vistas às potenciais consequências que o tempo de espera pela resolução dos conflitos levados ao Judiciário, vislumbra-se nas tutelas de urgência instrumento hábil a manter a utilidade do processo e sua busca pela resolução do conflito. Percebe-se, assim, terem as tutelas de urgências a finalidade de neutralizar os efeitos do tempo no processo.

4.2. TUTELAS DIFERENCIADAS E SEU PAPEL NO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

A instituição de um procedimento ordinário a ser seguido de forma geral configura-se uma medida de segurança aos jurisdicionados, que sabem o interím a ser percorrido para fazer valer seu acesso à justiça. O processo, como instrumento estatal de resolução de conflitos, é a forma encontrada para que o exercício do monopólio da jurisdição se dê maneira a respeitar as garantias dos jurisdicionados. A forma padronizada acaba servindo como elemento de segurança no sentido de evitar surpresas às partes, evitando também a instituição de procedimentos com finalidades de servir a determinados indivíduos (seja para beneficiá-los ou para prejudicá-los).

Se por um lado o processo ordinário confere segurança, é certo também que a padronização do processo acaba servindo como entraves à escoreita distribuição do direito. Nesse ponto, importante destacar que, como informa Dierle Nunes, o processo ordinário brasileiro foi delineado buscando uma tutela comum, pelo equivalente financeiro e sem preocupação de ordem temporal²⁵¹. Todavia, essa visão já não se mostra compatível com o atual desenvolvimento da processualística, e muito menos com as modernas ideias de acesso à justiça, no sentido de que não basta simplesmente conferir uma porta de entrada ao Judiciário, sendo mais importante ainda que esse acesso à justiça se dê de modo efetivo, útil e tempestivo.

Assim, eventual engessamento ocasionado por tal ordinarização se mostra como um empecilho a que o processo alcance sua finalidade precípua de forma satisfatória, mormente ante uma análise sob a perspectiva da demora inerente ao processo ordinário. Em nome da efetividade, exsurge indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional. Apresentando essa premente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional imposta pelas consequências danosas que uma demora na prestação jurisdição acarreta, Donaldo Armelin afirma que:

²⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho . Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. **Revista de Processo**, v. 184, p. 55-78, 2010, p. 57.

Essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade vê-se, no presente, exacerbada pela constância e crescimento do indesejável fenômeno da demora na prestação jurisdicional²⁵².

Sob essa ótica, as tutelas diferenciadas vêm como forma de compatibilizar o processo com as situações fáticas, adaptando-o à realidade. Esse posicionamento reforça os objetivos do processo, que é a realização do direito material. A adoção, portanto, de técnicas que aproximem as necessidades fáticas das formalidades inerentes ao desenvolvimento do processo permitem maior agilidade desse, potencializando, assim, a finalidade da jurisdição, conferindo efetividade ao direito de ação. Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover destaca que:

(...) modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face a situações de urgência²⁵³

A fim de alcançar seus objetivos de conferir efetividade à jurisdição, as tutelas diferenciadas podem se valer de duas técnicas distintas, como bem lembra Marcelo Abelha Rodrigues, sendo técnicas de sumarização do procedimento e técnicas de sumarização da cognição²⁵⁴. Em comum (e até perceptível pela denominação), retira-se do procedimento-base – o procedimento comum ordinário – elementos que permitam acelerar a formação da convicção do juiz que permita a prolação de decisão de forma mais célere. No primeiro grupo, limita-se a prática de certos atos, reduzindo prazos e modificando forma de prática, mas sempre mantendo o espectro cognitivo exauriente do magistrado. Mexe-se no procedimento para que esse finalize mais rápido. Exemplos clássicos (mas nem todos configurando modalidade de tutela diferenciada), trazidos por Marcelo Abelha Rodrigues, são os julgamentos pelo procedimento sumário, pelo procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, o julgamento antecipado da lide previsto no artigo 330 do CPC, dentre outros²⁵⁵. Também é possível conceber hipóteses em que o direito material subjacente possui peculiaridades que permitem – e às vezes até impõem – que o procedimento ordinário sofra alterações para que a prestação jurisdicional seja a mais efetiva possível, como se observa nos procedimentos especiais.

²⁵² ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.65, p. 45-58, 1992, p. 45.

²⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37, p. 28.

²⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 651

²⁵⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 651.

Já as técnicas de sumarização da cognição têm por alvo a atividade do juiz, reduzindo-a e permitindo chegar a um provimento jurisdicional de forma mais rápida. Pode-se impor um contraditório eventual (tal como ocorre na execução por título executivo extrajudicial ou no procedimento monitório), limitar a atividade probatória (v.g. no mandado de segurança, que exige prova documental pré-constituída), limitar a amplitude da cognição (na ação de desapropriação, por exemplo, em que a discussão se limita ao preço ofertado pelo ente público e vícios no procedimento) ou limitar a profundidade da cognição (como nas tutelas de urgência)²⁵⁶. Ada Pellegrini Grinover indica em pesquisa no direito comparado que a técnica mais utilizada é a adoção de processos de estrutura monitória, sendo encontrada também a solução pela adoção de tutelas de urgência (em geral, inicialmente cautelar e paulatinamente evoluindo para uma tutela antecipada genérica)²⁵⁷.

Importante a ressalva trazida por Donaldo Armelin, apontando que as técnicas relativas ao procedimento e as técnicas relativas ao grau de cognição serem técnicas, a despeito de poderem vir imbricadas, tratam-se de técnicas distintas²⁵⁸. A tutela antecipada figura-se como bom exemplo dessa possibilidade, pois, ao mesmo tempo em que se antecipa a eficácia social que somente teria vez com o término do processo e a correlata eficácia jurídico-formal (alteração no iter procedimental, portanto), a decisão que a concede se dá com base em cognição sumária. Acerca da tutela antecipada, Donaldo Armelin aponta-a “talvez com a que melhor se harmoniza com o atual sistema processual, na medida em que pode ser adotada sem maiores transformações na sua estrutura”²⁵⁹. Ainda que formulada sob o sistema processual anterior a 1994 (ou seja, sob a égide do CPC/73 sem a instituição da antecipação dos efeitos da tutela genérica), tal lição ainda se mostra plenamente válida, devendo ainda ser importante instrumento para a efetividade da tutela jurisdicional.

Percebe-se, pois, as tutelas de urgência como técnica de efetiva tutela de direitos. Como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, ao cidadão não é assegurado meramente o direito à técnica processual prevista na lei, mas sim um comportamento judicial que assegura a conformação

²⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. pp. 651-652.

²⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37, p. 14.

²⁵⁸ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.65, p. 45-58, 1992, p. 51.

²⁵⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.65, p. 45-58, 1992, p. 54.

dessa técnica às necessidades do direito material e das circunstâncias do caso concreto²⁶⁰. Assim, a tutela da urgência exsurge como instrumento à disposição justamente para permitir uma adaptação procedimental concernente em antecipar ou assegurar certa situação fática de utilidade ao processo, de modo a conferir a plena satisfação do direito submetido ao crivo do Judiciário.

Em paralelo à sua funcionalidade como técnica de efetiva tutela de direitos, é possível registrar as tutelas de urgências também como uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. Como já destacado alhures, as tutelas de urgência exsurgem como instrumento de mitigação dos efeitos do tempo. Nessa esteira, esses efeitos que ordinariamente seriam suportados pelo autor são distribuídos ao réu, que passa a sentir os efeitos práticos que o autor pretende até o encerramento da demanda. Como bem lembra Luiz Guilherme Marinoni, retira-se do réu uma das vantagens práticas adicionais na relação processual como desenvolvida hodiernamente que é o problema da lentidão do Judiciário, não podendo utilizar tal problemática como instrumento de ameaça ao autor, que se veria pressionado em razão dos riscos que seu direito invocado estaria correndo²⁶¹.

Assim as tutelas de urgência figuram como modalidade de tutela jurisdicional diferenciada que permite assegurar ao jurisdicionado que o seu acesso à justiça se dê de forma eficaz, permitindo a modificação do que seria a ordem comum atinente ao procedimento ordinário (ao trazer a eficácia social da decisão para o início do processo, e não aguardando seu fim) bem como reduzindo a carga cognitiva a se analisada pelo magistrado.

Outro ponto que merece destaque acerca da perspectiva das tutelas de urgência como modalidade de distribuição de tutela diferenciada reside na novel possibilidade de estabilização das tutelas antecipadas. Com a instituição da estabilização da tutela antecipada no CPC, o papel da tutela de urgência como técnica de distribuição de tutela diferenciada ganha força. Na dicção do artigo 304, “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. O adiantamento trazido pela tutela antecipada pode, pois, ganhar ares de estabilidade quando da inércia do requerido, sumarizando não só a cognição, mas também o procedimento para assegurar o direito postulado pelo autor.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª.ed., São Paulo: RT, 2008, p. 171.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

Seria a generalização das ações sumárias. Esse procedimento de sumarização já é existente no ordenamento pátrio, podendo ser citado o caso da ação monitória (que, em caso de ausência de oposição de embargos, é convertida de plano em execução) e os alimentos gravídicos, cuja lei regulamentadora prevê que, uma vez deferidos, com o nascimento com vida, serão convertido em alimentos em favor do menor até que seja solicitada sua modificação.

A instituição de forma generalizada da estabilização das tutelas de urgência inspira-se na economia processual, já que, uma vez não questionada, evita que o autor tenha que propor uma demanda com o intuito meramente formal. Ada Pellegrini Grinover aponta a estabilização da tutela antecipada como instrumento que permite às partes decidam pela conveniência ou não da instauração ou do prosseguimento da demanda dita principal quando o que efetivamente se pretendia fosse concedido na decisão antecipatória, com a solução do conflito existente entre as partes²⁶². Dessa forma, com a estabilização da tutela antecipada, a crise jurídica será debelada e o processo será extinto.

4.3 SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência podem ser consideradas como um gênero, do qual são espécies a tutela antecipada²⁶³ e a tutela cautelar. Essa ideia de que essas duas modalidades de tutela pertencem a um mesmo tronco é observável da constatação de que compartilham de certos caracteres que permitem um tratamento uniformizado. Da mesma forma, com auxílio da denominação adotada por empréstimo da taxinomia, constata-se possuírem distinções que, impedindo de considera-las como medidas idênticas, levam à investigação específica de cada grupo. Assim, ao mesmo tempo em que as semelhanças levam ao agrupamento e identidade no tratamento, as distinções permitem um aprofundamento e uma análise mais específica, de onde se extrai a aferição de qual instrumental mais adequado a cada situação concreta posta.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37, p. 34.

²⁶³ A utilização do termo “tutela antecipada” no presente trabalho se dá pela força da tradição, uma vez que já é tranquila a constatação de que não é a tutela que é antecipada, mas sim seus efeitos, ou seja, não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória) da sentença, mas sim a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos (ZAVASCKI, Teori. A. . **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. Revista de Processo, São Paulo, v. 82, p. 53, 1997. p.76)

No campo das semelhanças, a que mais se destaca diz respeito ao objetivo que dessas espera. Essas duas modalidades de prestação jurisdicional têm finalidade precípua semelhante, qual seja, debelar (ou tentar) os efeitos que a espera por uma decisão final de mérito pode causar no direito da parte. Possuindo semelhante objetivo, é possível destacar semelhanças em sua forma de atuação. E sendo a principal característica, é a semelhança nesse aspecto que permite agrupá-las sob uma mesma denominação genérica e de onde se extraem suas características basilares. É sob justificativa semelhante que Cândido Rangel Dinamarco afirma extrair “a legitimidade da recondução das medidas antecipatórias e cautelares a um gênero só”²⁶⁴.

A urgência na resposta a ser proferida pelo Estado-Juiz é o elemento que liga as tutelas de urgência. Ainda que estruturalmente distintas, a atuação tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipada se dá com o escopo de aplacar as exigências de rápida atuação imposta pela situação concreta. Agem com o precípua objetivo de conferir efetividade à tutela jurisdicional subjacente, impedindo, pois, que eventual demora no julgamento da de manda venha a inviabilizar a fruição do bem da vida objeto do processo.

Sendo semelhantes no aspecto teleológico, é possível concluir que essa similitude decorre do fato de que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada têm a mesma base constitucional de garantir o pleno e eficaz acesso à justiça. Teori Albino Zavascki identifica o fundamento constitucional de ambas como o mais relevante ponto de identidade entre essas espécies de providências jurisdicionais²⁶⁵. A conformação constitucional das tutelas de urgência e seu objetivo comum, portanto, se destacam como a semelhança entre suas espécies, visando conferir estabelecer o processo judicial como instrumento para uma prestação jurisdicional adequada.

Sem dúvidas que a perspectiva teleológica é aquela que permite conceber a ligação entre as tutelas de urgência, sendo, pois, a semelhança com maior destaque por ser a justificativa para sua adoção como forma de conferir efetividade ao direito de ação. Mas outras características semelhantes das tutelas de urgência merecem atenção.

A sumariedade da cognição também é outra marca unificadora das tutelas de urgência. Como

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.

²⁶⁵ ZAVASCKI, Teori. Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 53, 1997. p. 63.

já dito quando se tratou do confronto entre efetividade e segurança jurídica, para se prolatar uma decisão judicial, é imprescindível que se percorra certo caminho. Esse percorrer, todavia, implica necessariamente em um gasto de tempo, que, às vezes, o direito material não pode aguardar – sendo, ademais, a razão de ser das tutelas de urgência. Para contornar tal adversidade, a técnica utilizada na tutela de urgência consiste em reduzir a profundidade da análise que o magistrado tem que fazer. Com tal limitação, reduz-se tanto o tempo destinado à coleta de provas a serem analisadas como também reduz o tempo destinado a essa análise, posto que, quanto mais detida a análise, mais tempo se mostra necessário para se chegar a uma conclusão.

Reduz-se a incursão em questão probatória (diz-se, pois, uma cognição superficial, limitada no aspecto vertical) a fim de alcançar o objetivo de mitigar os efeitos deletérios do tempo, na medida que, reduzindo o acervo a ser analisado, tanto a produção desse acervo quanto a própria atividade jurisdicional tornam-se mais ágeis. Sendo despciendo alcançar o grau de certeza, a limitação vertical da cognição alcança sua finalidade. Kazuo Watanabe destaca essa finalidade de tutela de direito e não de certeza das demandas que se submetem à cognição sumária:

Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim que se deseja²⁶⁶.

Ainda que na tutela cautelar o nível de incursão do magistrado é menor que o espectro cognitivo exigido na tutela antecipada²⁶⁷, o elemento de unidade no tratamento diz respeito ao aspecto da técnica a ser utilizada, justamente a restrição vertical da cognição.

Nessa esteira, é possível afirmar que o eixo estrutural das tutelas de urgência está focado na sua finalidade e na forma como essa finalidade será alcançada. São esses dois elementos que conferem o contorno genérico da tutela urgente, cabendo à análise individualizada de cada uma dessas tutelas o papel de delinear os parâmetros para sua aplicação específica.

Assim, a despeito de possuírem semelhante estrutura, existem características que permitem identificar e distinguir uma da outra. A partir dessas distinções que se permite reconhecer estar diante de tutela cautelar ou de antecipação de tutela e, por seu turno, reconhecer também

²⁶⁶ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 148.

²⁶⁷ A distinção entre os requisitos da tutela antecipada e da tutela cautelar será aprofundada quando da análise dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência, momento em que também será abordada se efetivamente persiste (ou não) a existência de distinção dos requisitos relacionados à técnica utilizada nas tutelas de urgência.

qual das espécies de tutela de urgência é aquela mais adequada a alcançar sua finalidade.

A principal distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é de ordem funcional, ou seja, a função que exercem na relação jurídica processual. As tutelas de urgência, no que se aproximam sob a perspectiva teleológica, se afastam sob a perspectiva funcional. Pretendendo alcançar o mesmo objetivo, utilizam-se de formas distintas de aproximação do problema.

Na tutela cautelar, os efeitos do tempo são debelados mediante a prolação de decisão que se volta à preservação da utilidade de outro processo – tido como principal. Adroaldo Furtado Fabrício, sobre a invocação do processo cautelar, afirma:

O ofício judicial é invocado para prover no sentido de garantir que o resultado útil de um processo (de conhecimento ou de execução; em andamento ou a instaurar-se) seja assegurado contra os riscos decorrentes da demora na sua ultimação ou das alterações que se possam introduzir, maliciosamente ou não, no estado de fato sobre o qual a futura prestação jurisdicional deverá influir. O processo assim instaurado supõe, ao menos hipoteticamente, um outro processo, cujo resultado se trata de resguardar²⁶⁸.

Não há preocupação imediata com o direito material que será (ou está sendo) discutido no bojo do processo. O foco precípua do incidente em que se formula tutela cautelar é garantir que aquele processo será finalizado da forma escoreita ou que o resultado final possa ser fruído pelo litigante vencedor. Mais uma vez entra a ideia de eficácia da tutela jurisdicional. A tutela cautelar volta-se à apresentação de instrumentos aos jurisdicionados e ao magistrado para que o processo em se discuta a (eventual) violação a direito material possa entregar ao vencedor de forma fruível.

De nada adiantaria, por exemplo, uma decisão que reconhece uma obrigação de pagar quantia certa, mas que, quando da sua execução (*rectius*, cumprimento), o réu já não tenha bens por ter dilapidado seu patrimônio no decorrer do processo. Ou que, sendo necessária a produção de certa prova, o aguardar até o momento previsto na legislação processual pátria venha a acarretar a impossibilidade de sua produção (pelo falecimento de certa testemunha ou perecimento de coisa a ser periciada, por exemplo). Nessa esteira, Piero Calamandrei afirma que:

Nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautela é, em comparação ao direito substancial,

²⁶⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 191.

uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça²⁶⁹.

Tendo em vista esse objetivo de proteger o processo principal dos perigos de eventual infrutuosidade, Piero Calamandrei afirma que o processo cautelar seria um instrumento ao quadrado, pois seria um instrumento a serviço do processo, que nada mais é do que o instrumento destinado à aplicação do direito no caso concreto²⁷⁰. E, nas precisas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, pode-se afirmar que “a tutela cautelar não se destina à realização do direito. É instrumento para possibilitar que tal ocorra”²⁷¹.

Por outro lado, a tutela antecipada tem como característica marcante a tutela do próprio direito material discutido. Nas situações em que o decurso do tempo tem como resultado ocasionar danos direcionados ao direito material (e não ao processo de sua descoberta), a solução adequada é antecipar os efeitos da tutela final, a fim de que ainda se possa falar em sua utilidade. Essas situações são aquelas que, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Os danos causados pelo tempo vão diretamente ao sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem a que tem direito ou privando-o deste por algum tempo, que será maior ou menor conforme o caso, mas sempre será inconveniente²⁷².

Daniel Mitidiero descreve a tutela antecipada como aquela que “tem por função combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa entre as partes provisoriamente”²⁷³. Percebe-se, pois, a característica marcante da tutela antecipada: a decisão prolatada, ainda que de forma provisória, apresenta solução semelhante àquela que seria dada em sede de sentença, sob cognição exauriente. Ocorre o que Ovídio Baptista da Silva chama de “execução-para-segurança”²⁷⁴. Permite-se que o postulante usufrua, desde já, do direito material invocado como forma de garantir a utilidade da decisão final. Cândido Rangel Dinamarco define as tutelas antecipadas como:

Aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna

²⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

²⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 42.

²⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 210.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 67.

²⁷³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da Tutela - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

²⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A “antecipação” da tutela na recente reforma processual**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 138.

ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe²⁷⁵.

Comparando a função exercida no processo, fica bem clara a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Enquanto essa tem olhos para os males que os indivíduos sofrem com a espera por uma solução definitiva, aquela se orienta de modo a resguardar o processo de males de mesma origem (o tempo necessário à resolução da lide).

Como decorrência das funções exercidas por cada uma das espécies de tutela de urgência, é possível extrair a natureza do pronunciamento em sede de cada uma dessas tutelas. Em se tratando de tutela cautelar, a natureza do pronunciamento é conservativa. Conserva-se uma situação para que, quando for o momento certo, tal situação poder ser utilizada no processo. Exemplos clássicos²⁷⁶ são o arresto, em que se conserva a indisponibilidade de certo bem até o momento em que se dará início à expropriação deste e a produção antecipada de provas, que, possibilitando a prática de tal ato em momento distinto daquele previsto ordinariamente na legislação processual, permite a colheita de elementos que corriam risco de se perderem pelo decurso do tempo.

Ao servir como “instrumento do instrumento”, a tutela cautelar atua de modo a conservar as condições para que se proceda a descoberta ou execução do direito material discutido na relação processual. Seu objeto é promover garantias para sua certificação ou para sua futura execução forçada.

Já a tutela antecipada, por se voltar diretamente ao direito material, possui natureza satisfativa. O seu objetivo de proteção é alcançado com a entrega do próprio bem (ou parcela) da vida discutido em juízo. Assim, mesmo que sem uma decisão suficiente para julgar a lide, profere-se decisão antecipando os efeitos de eventual decisão favorável.

A natureza satisfativa é perceptível quando da análise dos objetivos da decisão antecipatória. Tendo em vista que a preocupação é com o próprio direito material, com a repercussão dos

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 68.

²⁷⁶ A utilização desses dois exemplos não é aleatória. Tendo em mente a classificação dos procedimentos cautelares trazida por Piero Calamandrei, buscou-se um exemplo de cada um dos tipos de procedimento elencado, quais sejam, procedimentos instrutórios antecipados e procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada. Ficam de fora, portanto, a chamada “antecipação dos procedimentos decisórios”, que no direito pátrio corresponde à antecipação de tutela justamente pela razão de, sob a sistemática nacional, não tratar de cautelar propriamente dita; bem como as chamadas “cauções processuais”, que nada mais são do que as situações de imposição de contracautela, que não deixam de ser procedimentos destinados à garantir execução forçada, só que por parte do réu. (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. pp 54-76).

efeitos do tempo nesse direito e até mesmo com o jurisdicionado, a mera conservação de condições para a fruição futura do direito não se mostra suficiente. Impõe-se, pois, que seja conferido a quem pleiteia a tutela antecipatória a entrega da própria prestação jurisdicional, sob pena de essa se mostrar inútil. É a satisfação antecipada do direito discutido que age como elemento a conferir a segurança necessária para se aguardar o final do processo e ainda se falar em utilidade do provimento final.

Também como decorrência da distinção da “tutela do processo” (existente nas tutelas cautelares) da “tutela do direito material” destaca-se a ocorrência de diferenciação quanto aos efeitos da decisão urgente em relação ao processo tido como principal.

Em se tratando de tutela cautelar, não há necessária relação entre o pedido cautelar formulado e o pedido principal (formulado, se tratando de tutela cautelar incidental; ou ser formulado, em se tratando de tutela cautelar antecedente) Tendo em vista que inexistente preocupação imediata com o direito material a ser invocado, o pedido (e a correlata decisão) cautelar não guarda relação com esse. Dessa forma, os efeitos que o provimento do pedido principal serão distintos dos efeitos da decisão cautelar.

Para se chegar a essa decisão, em razão dessa ausência de identidade entre pedido principal e pedido cautelar, Arruda Alvim destaca estarem à disposição de uma série de instrumentos que pode o magistrado se utilizar, sem guardar limitações inerentes ao processo principal²⁷⁷. Tais instrumentos possuem considerável dose de mandamentariedade²⁷⁸, algumas mais (v.g., a ação de arresto), algumas menos (v.g. a produção antecipada de provas), em tendo em vista a finalidade assecuratória a que se propõem.

Já em relação à tutela antecipada, destaca-se a forte relação entre pedido antecipatório e pedido definitivo. Como se depreende da própria denominação dessa espécie de tutela de urgência, nas tutelas antecipatórias ocorre verdadeira antecipação dos efeitos sociais que eventual decisão final favorável. Nessa linha, somente é possível falar em antecipação de efeitos se a decisão final puder reproduzir também tais efeitos.

Voltando à lição de Arruda Alvim, percebe-se uma limitada gama de medidas passíveis de

²⁷⁷ ALVIM, Arruda. **Tutela antecipatória** (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 107.

²⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII. pp. 3-4.

serem utilizadas, já que se faz necessária a correspondência com o pedido final²⁷⁹. José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni destacam ainda haver uma tendência à definitividade do provimento antecipatório²⁸⁰. Ou seja, inexistindo recurso atacando a decisão antecipatória, a confirmação do pedido em sede de tutela final nada mais fará do que confirmar a situação fática criada com a antecipação dos efeitos da tutela.

Contudo, a coincidência entre a antecipação de tutela e a tutela final implica que a decisão naquela hipótese não se limitará aos efeitos desta. Primando pela urgência, a tutela antecipada impõe que sua efetivação se dê também de forma célere²⁸¹. Nessa esteira, tem-se que, mesmo se tratando de situação em que a decisão final for de cunho declaratório, constitutivo ou condenatório, a decisão que antecipar seus efeitos imperiosamente terá efeito mandamental ou executivo *lato sensu*, a depender da forma mais eficaz de efetivação, pois, como lembra Ovídio Baptista da Silva, “os outros possíveis efeitos da sentença, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios, são, enquanto tais, incompatíveis com a ideia de antecipações provisórias”²⁸².

Por fim, há que se mencionar a distinção trazida por Adroaldo Furtado Fabrício, quando analisando as decisões urgentes sob o aspecto da influência no patrimônio jurídico de cada modalidade. Explica que, seja na tutela antecipada, seja na tutela cautelar, os efeitos sob o patrimônio do réu é o mesmo, ao retirar-lhe algo e privando-o do gozo atual ou potencial de determinado bem ou direito²⁸³. Mas, para o autor, os resultados não são idênticos, uma vez que, enquanto na tutela cautelar não há acréscimo em sua esfera de direitos, na tutela antecipada, face a natureza satisfativa da decisão, o bem ou direito já se encontra à sua disposição para fruição²⁸⁴.

Impecável comentário trazido pelo professor gaúcho, ao menos em se tratando de tutelas cautelares patrimoniais. Observando a questão sob essa perspectiva, fica evidente a

²⁷⁹ ALVIM, Arruda. **Tutela antecipatória** (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 107.

²⁸⁰ MEDINA, J. M. G. ; ARAÚJO, F. C. ; Fernando da Fonseca Gajardoni . **Processo Civil Moderno** - V. 4 - Procedimentos Cautelares e Especiais. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 40.

²⁸¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 669.

²⁸² SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**. vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 137.

²⁸³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 198.

²⁸⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 198.

diferenciação entre ser a decisão conservativa ou satisfativa.

Diante das semelhanças e diferenças entre as espécies de tutela de urgência, é possível afirmar que a importância da distinção entre essas vem perdendo força na moderna doutrina²⁸⁵, como bem destacam José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni²⁸⁶. Com a nova codificação processual e a unificação dos requisitos perpetrada, percebe-se que a distinção entre as duas espécies de tutela de urgência guarda importância para fins de postulação de tutela de urgência antecedente, ou seja, quando a tutela de urgência é pretendida antes (ou concomitantemente) de se ingressar com o processo em que se discutirá o direito controverso. Assim, há distinção acerca do procedimento que se adotará se diante de tutela antecipada ou tutela cautelar²⁸⁷, distinção essa que se esvai a partir do momento em que é feito o aditamento da petição inicial, momento processual esse muito semelhante à propositura da ação principal exigida pelo CPC/73.

4.4 PODERES DO JUIZ NAS TUTELAS DE URGÊNCIA: O PODER GERAL DE CAUTELA E O PODER GERAL DE ANTECIPAÇÃO

A concepção das tutelas de urgência como instrumento com a finalidade de debelar os efeitos do tempo e permitir assegurar que seja alcançado o pronunciamento judicial definitivo impõe agilidade a esse instrumento. Afastando-se da concepção vigente no CPC/73, em que o legislador identificou uma série de situações passíveis de serem acauteladas e apresentou soluções a serem adotada e requisitos para sua adoção, no Novo Código de Processo Civil a atipicidade das formas de efetivação das tutelas de urgência é a regra. Assim, na forma do

²⁸⁵ Não está se afirmando inexistir distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada. O que ocorre é que o movimento legislativo e doutrinário é no sentido de considerar tal distinção meramente teórica, eliminando as distinções práticas entre os institutos, buscando aproximar seus requisitos de concessão e eliminando consequências do requerimento de uma em detrimento da outra e focando na questão mais importante, que é a mitigação dos efeitos do tempo no processo.

²⁸⁶ MEDINA, J. M. G. ; ARAÚJO, F. C. ; Fernando da Fonseca Gajardoni . **Processo Civil Moderno** - V. 4 - Procedimentos Cautelares e Especiais. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 44.

²⁸⁷ Em sede de tutela antecipada, é facultada ao autor a formulação de pleito pela da concessão da medida urgente com base em fundamentos atinentes a essa concessão, permitindo-se o aditamento para apresentação dos fundamentos da “demanda principal” em quinze dias, além da possibilidade de estabilização da tutela antecipada. Já em sede de tutela cautelar, e à semelhança do procedimento da ação cautelar prevista no CPC/73, ao autor é facultado formular o pleito cautelar e haverá contestação pelo réu em cinco dias. Com a eventual concessão da tutela cautelar, inicia-se prazo de 30 dias para que o autor formule o pedido principal, sendo possível também o aditamento da causa de pedir.

artigo 297 do NCPC²⁸⁸, pode o juiz determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória. O tradicionalmente denominado “poder geral de cautela” foi estendido às demais modalidades de tutela provisória (tutela antecipada e tutela de evidência), existindo, dessa forma, um poder geral conferido ao magistrado de adotar as medidas adequadas à finalidade que se propõe a tutela provisória pleiteada.

Não se olvida da existência do poder geral de cautela na codificação processual de 1973, mas a nova ordem processual conferiu ao magistrado poderes para que possa atingir a finalidade de afastar os riscos decorrentes da espera da decisão final, amoldando sua decisão às necessidades específicas do caso concreto. Com tal instrumental, o magistrado tem como zelar, com maior propriedade, para que, ao final do processo principal, seja possível proferir uma decisão apta a surtir efeitos úteis no plano fático. Assim, a breve lista de medidas passíveis de serem tomadas, previstas no artigo 301 do NCPC²⁸⁹, possui caráter meramente exemplificativo, apenas conferindo diretrizes a iluminar o magistrado na formulação das medidas compatíveis com o direito tutelado e sem deixar de lado todo o arcabouço teórico construído acerca das medidas cautelares mais conhecidas. Estabelece-se, pois, a primazia do poder geral de cautela para fins de concessão de proteção cautelar.

A existência de um poder geral de cautela advém do fato de que o legislador não teria capacidade de prever não só as situações em que o direito correria risco em razão do decurso do tempo, mas também não conseguiria prever todas as formas de debelar tal risco. O poder geral de cautela tem, pois, duas faces: a indeterminabilidade das situações favorece a identificação de situações em que a pronta atuação judicial se mostra imprescindível para a futura atuação do Estado-Juiz na resolução do conflito; aliada a indeterminabilidade dos meios de atuação permite acompanhar o desenvolvimento da sociedade e atingir os objetivos com os métodos mais apropriados e precisos à disposição (o que, no caso da tipificação, restaria engessado).

Percebe-se, pois uma evolução que ocorre desde a própria vigência do CPC/73. Como salienta Galeno Lacerda, nos primórdios daquela codificação processual imperava certo receio de se

²⁸⁸ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

²⁸⁹ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

utilizar da previsão do artigo 798 de forma mais ampla²⁹⁰. Todavia, modernamente o poder geral de cautela ganhou força e importância, justamente por permitir que a adoção de providências assecuratórias acompanhe a evolução dos conflitos que vão surgindo, alcançando o nível evolutivo atual, que permitiu prever a tutela de urgência de natureza cautelar fundada apenas no poder geral de cautela. Reconheceu-se que não seria possível ao legislador prever todas as hipóteses de combate aos malefícios do tempo, bem como não seria prudente simplesmente aguardar a resposta legislativa para problemas surgidos, superando os bloqueios para a utilização dessa importante ferramenta a serviço da prestação jurisdicional.

O contínuo avanço tecnológico da sociedade permite a criação de um sem-número de situações capazes de colocar o direito de outrem em risco, da mesma forma que tem a capacidade de gerar novas respostas a esses riscos. Assim, a atipicidade decorrente do poder geral de cautela mostra-se serve como válvula de escape para o sistema proporcionar respostas adequadas àqueles que buscam o Poder Judiciário como solucionador de controvérsias. Como bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, o poder geral de cautela (pensamento extensível às tutelas de urgência como um todo) advém da constatação que a prévia definição de formas como garantia do réu, em determinadas situações, mostra-se menos relevante que a garantia de uma tutela cautelar adequada, decorrente do direito de ação eficaz, sendo, assim, fruto da necessidade de se conferir tutela cautelar adequada ao caso concreto, sendo medida capaz de suprir a insuficiência da técnica processual expressamente estabelecida²⁹¹.

Ao contrário do que ocorre quando diante da tutela cautelar, em se tratando de tutela antecipada, nunca houve um rol previsto na legislação a indicar as providências cabíveis, limitando-se o legislador a prever tão somente o poder geral de antecipação, suficiente para barrar os efeitos do tempo.

O legislador não se preocupou em fazer delineamentos acerca de quais medidas devem ser adotadas, deixando ao magistrado a incumbência de aferir a medida mais adequada ao caso que diante de si é posto. Tendo em vista a coincidência entre a decisão antecipatória e a decisão final, no que tange ao poder geral de antecipação, não há uma gama tão extensa de medidas à disposição do magistrado como ocorre em sede cautelar. O nível de interação do

²⁹⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I:** arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 74.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 4:** processo cautelar. 2. ed. ver. atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010 p. 100.

magistrado consiste justamente em analisar e quantificar quanto do pedido final pode se antecipado e em que medida essa antecipação deve se dar, sempre com vistas à utilidade e eficácia de eventual provimento final favorável.

Tanto o poder geral de cautela quanto o poder de antecipação devem, portanto, ser enxergado como um instrumento a serviço da utilidade do provimento a ser proferido em sede definitiva. Nessa linha, extraem sua validade diretamente do inciso XXXV do artigo 5º, devendo qualquer tentativa de sua limitação ser aferida sob a ótica constitucional.

Seguindo a ideia de que os poderes gerais de cautela e antecipação atribuem ao magistrado permissivo para conferir segurança ao proveito do direito discutido em sede do processo principal, e na qualidade de norma de fechamento²⁹², ou seja, que permite enquadrar situações não pensadas à época pelo legislador, é possível entendê-lo como uma cláusula geral aplicável em sede processual. No preenchimento de seu conteúdo, mostra-se decomponível em duas partes: a análise da plausibilidade do direito e a análise do perigo, também conceitos indeterminados e cujo sentido o magistrado deve preencher. Como bem destaca Galeno Lacerda, tais poderes se assemelham ao exercício do *imperium* pelo pretor romano²⁹³.

Contudo, é de grande importância destacar que o preenchimento de cláusulas gerais não significa discricionariedade²⁹⁴. Como lembra Pietro Perlingieri, “legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”²⁹⁵. Contudo, não possui ampla liberdade para efetivar esse preenchimento, pois, como continua o grande professor italiano afirmando em sua lição:

A vagueza da referência contida na cláusula é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo de princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democracia. As cláusulas gerais, portanto, são uma técnica legislativa que consente a concretização e especificação das múltiplas possibilidades de atuação de um princípio, agindo

²⁹² Também no direito italiano é possível entender a existência de um poder geral atípico como uma norma de fechamento. Nesse sentido c.f. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, vol. II: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna, Itália: Il Mulino, 2006

²⁹³ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil**, vol. VIII, tomo I: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 74.

²⁹⁴ Em sentido contrário, Galeno Lacerda afirma ser discricionário o poder geral de cautela, afirmando que o magistrado, ainda agindo dentro dos limites da lei, possui ampla liberdade de escolha quando da concessão da tutela urgente (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil**, vol. VIII, tomo I: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. pp. 75-76).

²⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p 237.

contemporaneamente como critério de compatibilidade entre princípios e regras.²⁹⁶

A constatação de que o poder geral de cautela e de antecipação consiste em cláusula geral destinada a permitir maior atuação do magistrado na aferição da necessidade e também na determinação da medida adequada a extirpar os riscos inerentes ao tempo impõe que esse labor se dê não com base em suas convicções pessoais, mas sim com base nos princípios e regras norteadores da relação jurídica e que inspiram o estado contemporâneo do entendimento acerca da temática levada a juízo. O magistrado não é livre, devendo, pois, obediência à concepção de urgência identificada na sociedade, bem como no reconhecimento da importância (e até mesmo a prevalência) que o direito invocado na demanda principal (de onde se extrai o requisito cognitivo da tutela de urgência), utilizando-se dessa concepção para, aí sim, preencher a cláusula geral em voga.

E, por conseguinte, não há que se falar em verdadeira discricionariedade em sede de poder geral de cautela ou poder geral de antecipação²⁹⁷. Tal qualidade implicaria em reconhecer ao magistrado a faculdade de exercer juízos de conveniência e oportunidade quanto ao direito invocado²⁹⁸. Contudo, o juízo exercido pelo magistrado no processo é verdadeiro juízo de legalidade, inexistindo espaços para juízos pessoais do magistrado. Diante da situação levada a juízo, deve-se aferir o preenchimento dos requisitos legais para a concessão da tutela

²⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. pp. 239-240

²⁹⁷ Cassio Scarpinella Bueno afirma categoricamente que “não há ‘liberdade’ ou ‘discrição’ para o magistrado na concessão ou na rejeição do pedido de antecipação de tutela. Ele deve deferir o pedido porque está diante dos pressupostos ou ele deve rejeitá-lo à falta de seus pressupostos autorizadores”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, vol 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36)

²⁹⁸ José dos Santos Carvalho Filho define poder discricionário como “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49). Nessa toada, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma ser insito à discricionariedade a possibilidade de “adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 214). Nota-se como marca a possibilidade de o administrador exercer juízo de valor tanto quanto ao momento de decidir e se é conveniente decidir. Tais prerrogativas são inerentes à posição de supremacia da Administração em relação ao particular.

Por sua vez, a discricionariedade não combina com o modelo constitucional de processo civil, que preconiza inexistir preponderância de determinada posição sobre a outra, onde se pretende conferir um tratamento isonômico (isonomia matéria, frise-se) às partes e um agir colaborativo, sempre com vistas a alcançar o objetivo do processo, que é a composição da lide mediante uma decisão judicial justa (isto quando não possível que as partes cheguem a um consenso e produzam elas mesmas o resultado do processo). Ainda sobre a discricionariedade no campo administrativo, essa tem vez na medida em que, ainda que seja administração do erário, é o próprio administrador que deve arcar com as consequências de sua escolha, ao passo que o magistrado, incumbido de eventual discricionariedade judicial, não sofre qualquer consequência.

urgente²⁹⁹, verificando precipuamente a existência de eventual risco que o aguardar o pronunciamento definitivo possa causar ao direito alegado e a existência de um mínimo de plausibilidade do direito acautelado ou antecipado.

Assim, havendo o risco e superada a questão sob a ótica da cognição³⁰⁰, como bem destaca Cassio Scarpinella Bueno, é imperiosa a concessão da tutela urgente³⁰¹. E mais. Nem mesmo em relação à escolha das medidas adotadas a darem cumprimento à finalidade da decisão urgente (barrar os efeitos do tempo) há que se falar em verdadeira discricionariedade. Essa escolha se dá mediante exercício de juízos de proporcionalidade. Em primeiro lugar, deve se observar a medida que melhor alcance o objetivo da decisão, determinando soluções que tenham aptidão a deter os efeitos temporais. E, por outro lado, deve-se observar formas que causem menor impacto ao réu³⁰².

O controle desse juízo, por sua vez, é perpetrado por meio da fundamentação da decisão. Mediante a fundamentação da decisão que se torna possível aferir se o preenchimento do conceito de perigo e plausibilidade do direito está condizente com pensamento da sociedade em determinada época. Conforme afirma Eduardo Talamini, a motivação da decisão há de ser racional, completa e controlável, afirmando ser a racionalidade como justificação segundo princípios da racionalidade da consciência empírica, a completude como justificativa, apresentando argumentos que confirmem a validade das escolhas de que a decisão deriva e controlável na medida em que seja pública, acessível e compreensível³⁰³. E completa o professor paranaense afirmando que certas maneiras de dar concretude ao poder geral de cautela (ou de antecipação) encontram-se tão arraigadas e consolidadas que dispensam até

²⁹⁹ Os requisitos para a concessão de tutelas de urgência, seja sob o pálio do exercício do poder geral, seja por força de alguma medida cautelar nominada serão oportunamente analisados.

³⁰⁰ Generaliza-se a questão da cognição para uma melhor compreensão sistemática em sede de tutelas de urgência. Diante da situação concreta, referem-se ao fato de se provar o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança da alegação, a depender da situação, se estamos diante de tutela cautelar ou de tutela antecipada, ao que remetemos a escorreita distinção para o momento oportuno.

³⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, vol 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 36-37; 208-210.

³⁰² Acerca de encontrar medidas que também causem menor impacto para o réu, importante resgatar que, para fins de efetivação das tutelas de urgência, as regras acerca da execução e do cumprimento de sentença devem ser observados, pois são essas que permitirão dar cumprimento ao mandamento urgente. E nessa linha, o princípio da menor onerosidade possível, trazido pelo artigo 620 do CPC (Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor) também encontra aplicabilidade.

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). São Paulo: RT, 2003. p. 393.

mesmo sua ampla justificação, por serem conclusões correntes no meio circundante³⁰⁴,

Ainda na seara da fundamentação destaca-se o poder geral de cautela e de antecipação em contraste com a tipicidade das formas processuais. Nesse duelo, ganha força a efetividade decorrente da ausência de limitação à "criatividade" do magistrado em detrimento da determinabilidade assegurada ao réu como forma de se proteger de eventual arbítrio estatal. mas, a fundamentação impede justamente o puro arbítrio do magistrado. Ampliou seus poderes, afastou uma pretensa segurança do réu quanto à forma, mas conferiu controlabilidade de seus atos por meio da fundamentação.

Discussão passível de ganhar relevo diz respeito à possibilidade de concessão de tutelas de urgência de ofício. Ainda sob o CPC/73 se afirmava a impossibilidade invocando o princípio dispositivo e o princípio "*ne procedat iudet ex officio*", no sentido de que a adoção dessas medidas se encontra na esfera de direitos do postulante, cabendo a esse, então, a incumbência de pleiteá-lo. Todavia, desde muito Galeno Lacerda já lecionava pela possibilidade, invocando a natureza administrativa das providências autorizadas pelo artigo 797 do CPC/73³⁰⁵. Independente dessa alegada natureza administrativa, a possibilidade de decretação de medidas de urgência se sustenta sob a perspectiva do caráter publicista que possui o processo.

Ainda que tutelando direito privado e disponíveis, o processo possui caráter público como instrumento de composição de lides (e, objetivando a pacificação social). Nessa linha, é de ordem pública o interesse de que esse instrumento seja útil, na medida que, a perda dessa qualidade implica em duas nefastas consequências: a primeira assiste na perda de credibilidade do processo e, via de consequência, do Poder Judiciário como um todo, para conferir respostas ao jurisdicionado; a segunda, consiste no dispêndio inócuo de forças e dinheiro. Assim, para zelar pela utilidade da tutela jurisdicional, encontra-se espaço para a concessão de tutelas de urgência de ofício.

Importante destacar que a possibilidade de concessão de tutela de urgência de natureza

³⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). São Paulo: RT, 2003. pp. 393-394.

³⁰⁵ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I**: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. pp. 60-61.

cautelar não se contrapõe à previsão do artigo 10º do Novo Código de Processo Civil³⁰⁶, dispositivo que institui o contraditório como não-surpresa. A concessão de tutela de urgência se mostra como medida excepcional, cuja finalidade, como já largamente explicitado, é afastar os riscos que a espera por uma decisão definitiva pode causar ao direito controvertido ou à própria utilidade do processo. Nessa esteira, eventual “surpresa” pode ser o elemento essencial à efetividade da demanda. E mais. Até mesmo a espera pelo requerimento do autor pode significar a perda de efetividade que se pretende com a tutela de urgência. Imperioso que o magistrado tenha a sua disposição instrumental apto a afastar os obstáculos ilegítimos à composição da lide e que tenha a possibilidade de deles se utilizar quando verificada a presença (ou potencial presença) desses obstáculos.

Ademais, é preciso ter em mente a finalidade precípua da positivação do contraditório efetivo como a não-surpresa às partes. O contraditório exsurge como uma decorrência direta do princípio democrático, conferindo aos atores processuais o papel de construtores da norma jurídica concreta, ou seja, a decisão judicial. Sem essa democracia, perde-se muito da legitimidade do processo como instrumento de resolução de conflitos. Todavia, não se pode deixar de levar em conta que aguardar a participação das duas partes pode levar à inviabilização desse próprio instrumento. Assim, não se trata de princípio absoluto; trata-se, de outro lado, de princípio que visa conferir maior carga de legitimidade às decisões judiciais e ao próprio processo. Por sua vez, ante a constatação de que o contraditório prévio implicará na inutilidade de futuro provimento jurisdicional, este deve ceder espaço a instrumental que consiga manter a legitimidade do processo como instrumento de composição de conflitos.

Entra em cena, pois, o poder geral de se conceder tutelas urgentes e também a possibilidade de concessão de tutelas de urgência de ofício. Afinal, se ao magistrado é facultado a escolha, sempre fundamentada, das medidas a serem tomadas para fins de efetivação da medida urgente, deve-se também facultar a possibilidade de o magistrado concedê-la quando verificar os requisitos ensejadores da tutela de urgência. Sem a possibilidade de concessão *ex officio* de tutela de urgência, o poder geral de concedê-las fica debilitado, posto sempre a depender da manifestação de alguém que pode até mesmo não ter noção dos riscos que seu direito está correndo.

³⁰⁶ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Confirmada a possibilidade da concessão de tutelas de urgência de ofício pelo magistrado, deve-se destacar que essa possibilidade não é irrestrita. Como já mencionado, a concessão de ofício de tutelas de urgência deve se dar de forma excepcional. O moderno entendimento acerca do princípio do contraditório e do dever de colaboração no processo impõe que esses impõem deveres não só às partes, mas também ao magistrado. Assim, a concessão *ex officio* de uma tutela de urgência deve ser precedida da averiguação se há a possibilidade de as partes se manifestarem. Essa possibilidade diz respeito tanto se haverá tempo para tal inquirição sem que haja riscos ao direito tutelado como também se a determinação de intimação das partes (ou até mesmo de uma só³⁰⁷) é capaz de conferir meios que inviabilizem a futura efetivação da decisão urgente. Em não sendo aconselhável a oitiva das partes, há espaço para a tutela de urgência de ofício.

Superado tal ponto, asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, que a exigência da excepcionalidade impõe que somente seria possível a tutela de urgência quando a parte a ser beneficiada não tiver conhecimento da situação de risco³⁰⁸.

Destaca-se ainda que a concessão de ofício de tutelas de urgência não afasta o contraditório, mas tão somente o posterga, haja vista a possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo, na forma do artigo 296 do NCPC³⁰⁹. Assim, mesmo após a prolação da decisão em sede de tutela de urgência, é aberta a possibilidade de as partes, trazendo seus fundamentos, modificar ou revogar a tal decisão, consolidando, desta forma, a obediência ao princípio do contraditório e o direito de as partes influenciar e auxiliar na construção das decisões judiciais.

Ainda justificando a possibilidade de concessão de tutela de urgência de ofício, não se pode olvidar dos poderes de direção do processo atribuídos ao magistrado por força do artigo 136 do NCPC³¹⁰. Deve este agir de forma a garantir não só a integralidade e dignidade do processo, mas também voltar sua preocupação em assegurar que esse alcance seu objetivo

³⁰⁷ A preocupação se a intimação de apenas uma parte pode causar riscos tem lugar especialmente no atual estágio de evolução das informações processuais pela via da *internet*. Assim, mesmo deixando de intimar a parte ré, essa pode ter acesso à possibilidade de se prolar uma decisão urgente, e pode impor obstáculos à futura efetivação dessa decisão. E, como oficialmente não fora intimada e diante da impossibilidade de se aferir se e quando a parte ré soube dessa decisão, a demonstração da má-fé torna-se tarefa hercúlea, justificando assim, a prolação de decisão sem a oitiva de qualquer das partes.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 4: processo cautelar**. 2. ed. ver. atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 107.

³⁰⁹ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada

³¹⁰ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

final. Com base nos poderes de direção, Marcelo Lima Guerra extrai a possibilidade de atuação de ofício do juiz na concessão de tutelas de urgência³¹¹.

Seguindo essas linhas, o exercício do poder geral de cautela e de antecipação de ofício se dá de forma incidente, posto somente ser exercível no bojo de um processo já existente. Incompatível com os requisitos das tutelas de urgência, já que não haveria como se aferir o requisito cognitivo. Sem alegações autorais (existentes apenas quando iniciado o processo), não há como analisar a existência de um mínimo de plausibilidade do direito a ser tutelado.

4.5 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Como visto, as tutelas de urgências são instrumentos de extrema importância para o bom funcionamento da função estatal de composição de litígios. Mitigando os efeitos do tempo no processo, as tutelas de urgência permitem que, quando da atuação definitiva do Estado-Juiz, os resultados correspondam ao que realmente se buscou. Por sua vez, esse poderoso instrumento não é (e nem deve ser) acessível a qualquer litigante que simplesmente não queira aguardar a finalização do processo. Somente pode utilizar tal instrumento caso preenchido certos requisitos.

Sem se olvidar dos requisitos básicos para a invocação do Estado-Juiz em qualquer espécie de processo, em se tratando de tutelas de urgência, se faz necessário o preenchimento de dois requisitos específicos³¹². Tais requisitos podem ser identificados como o requisito justificador da concessão da tutela de urgência e o requisito inerente à técnica utilizada para alcançar o objetivo almejado pelo pleito de tutela de urgência.

4.5.1 REQUISITO JUSTIFICADOR - *PERICULUM IN MORA*

³¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 29.

³¹² Ressalve-se que, apontando a existência de apenas dois requisitos para a concessão de tutelas de urgência, afasta-se a inexistência do chamado *periculum in mora* inverso como requisito negativo para concessão de tutela de urgência, o que será justificado em tópico específico.

Em qualquer das modalidades de tutela de urgência (seja cautelar, seja antecipatória), sua invocação se justifica pela presença do risco de que a espera pelo provimento final tenha aptidão de ocasionar o perecimento ou a inutilidade do direito que será tutelado naquele, exigindo, pois, uma resposta urgente por parte do Estado-Juiz. Como até se mostra óbvio da observação da denominação, é essa urgência o elemento central que serve como fundamento e inspiração para a implementação de instrumentos que, mediante a sumarização cognitiva, permitam aplacar os malefícios que caracterizaram a situação de necessária atuação jurisdicional urgente. É que, em certos casos, o tempo que fluirá com o prosseguimento regular do processo aparece como sério obstáculo ao direito material pleiteado ou ao próprio processo como instrumento de solução de conflitos. Isso ocorre em razão de o processo comum ser formatado de forma a se imputar ao autor o ônus do tempo do processo³¹³, ou seja, é o autor quem sofre os efeitos que eventual demora na resolução do processo possa acarretar, seja ao direito material, seja ao próprio instrumento de perquirição deste.

Com as potenciais consequências decorrente dos efeitos do tempo no processo em mente, vislumbra-se nas tutelas de urgência instrumento hábil a manter a utilidade do processo e sua busca pela resolução do conflito. Percebe-se, assim, terem as tutelas de urgências a finalidade de neutralizar os efeitos do tempo no processo, sendo, pois, o elemento que justifica a adoção das técnicas de sumarização da cognição. Desta forma, é justamente a urgência na concessão da tutela a impossibilidade de se aguardar o provimento final que autorizam a restrição ao espectro de cognição, exigindo-se meramente um juízo de probabilidade. Ovídio Baptista traz muito bem essa intrínseca relação entre a urgência (ou risco da demora) e a própria natureza das tutelas cautelares:

Se quiséssemos resumir num conceito unitário todos os pressupostos legitimadores da tutela cautelar, de que ora nos ocupamos, poderíamos dizer que, em questão de tutela cautelar, o que se busca é o tratamento processual dessa pressão temporal determinada pela urgência.

Nesse sentido, poderíamos, sob o ponto de vista lógico, antepor o que a doutrina indica como *periculum in mora* [...] ao pressuposto anteriormente tratado, uma vez que a sumariedade da cognição (*fumus boni iuris*) é, em verdade, determinada pela situação de dano iminente a que se encontra exposto o direito provável a ser protegido pela tutela cautelar. É esta emergência de dano iminente que determina e condiciona os demais pressupostos.³¹⁴

Afastando distinção existente o requisito justificador da tutela cautelar e da tutela antecipada, o NCPC tratou o *periculum in mora* como perigo de dano ou o risco ao resultado útil do

³¹³ MARINONI, Luis . Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 22-23.

³¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001. p.81.

processo. Tratando nominalmente apenas do *periculum in mora*, Andrea Proto Pisani traz a questão da urgência sob duas perspectivas, apontando que a urgência que enseja um pronto pronunciamento jurisdicional emerge de duas situações envolvendo os efeitos do tempo que impediria aguardar o desenvolver do processo comum. Em lição de plena aplicação na sistemática pátria, essas situações seriam o *pericolo da infruttuosità* (perigo da inutilidade, em tradução livre) e o *pericolo da tardività* (perigo do atraso, em tradução livre)³¹⁵. No primeiro caso, a preocupação está na neutralização dos efeitos que eventual demora no provimento final possa acarretar na fruição do direito invocado, ao passo que no segundo caso, a preocupação é que a duração do processo e a continuação do estado de insatisfação do direito cause o prejuízo que se pretende evitar³¹⁶. Percebe-se a ligação da primeira com as tutelas cautelares e da segunda com as tutelas antecipatórias. São situações distintas, mas que ensejam a adoção de medidas que impeçam os efeitos do tempo de agir sobre o objeto da demanda de modo a permitir a plena fruição do direito discutido de modo compatível com a eventual hipótese de satisfação voluntária do direito. Nessa esteira, e diante da mesma origem, fica evidente que o ponto principal de discussão, e que justamente leva à necessidade da tutela de urgência é idêntico: o combate aos malefícios que a espera por um provimento definitivo ocasiona.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil tenha proposto a unificação dos requisitos e que venham trazidos sob a denominação “tutelas de urgência”, como uma modalidade de tutela provisória, é possível perceber que o legislador ainda reconhece essa divisão no tocante ao *periculum in mora* proposta por Proto Pisani, principalmente diante da distinção procedimental a ser adotada, variando conforme varia a técnica a ser adotada (se antecipatória ou assecuratória), com intrínseca relação com a supra citada divisão. Todavia, em qualquer das hipóteses, percebe-se que há a conjugação do risco de ineficácia do provimento final associado com a urgência exigida pelo direito tutelado, em uma relação de implicação. Não há como entender um sem o outro. Destaca Piero Calamandrei que:

O *periculum in mora* [...] é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo.³¹⁷

³¹⁵ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. cd. Napoi: Jovene, 1999. p. 640.

³¹⁶ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. cd. Napoi: Jovene, 1999. pp. 640-641.

³¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. p. 37.

Ainda que o receio gerado pelos perigos supracitados tenha potencial de acarretar consequências distintas, em ambas as situações o risco dessa consequência é o elemento autorizador da concessão da tutela de urgência, variando tão somente a natureza da decisão e o mecanismos para frear os efeitos temidos.

4.5.2 REQUISITO TÉCNICO - REQUISITO COGNITIVO

À semelhança do que ocorre com o requisito justificador das tutelas de urgência, quando diante do requisito técnico, ou seja, a técnica a ser utilizada para a sua concessão, é possível apontar, com o Novo Código de Processo Civil, identidade em relação às suas espécies (a tutela antecipada e a tutela cautelar). A técnica, portanto, é a mesma: a sumarização da cognição, como forma de combater os riscos advindos da demora decorrente de uma cognição exauriente.

A despeito de ambas se utilizarem da sumarização da cognição, sob a égide do CPC/73 a tutela antecipada e a tutela cautelar se distinguiam na amplitude dessa sumarização. Ainda que nas duas situações não fosse exigida plena cognição, em se tratando de tutela antecipada essa exigência era mais apurada. A sumariedade da cognição era exercida sobre o conjunto probatório inequívoco. Diante da prova inequívoca, dever-se-ia analisar se essa seria suficiente para incutir um juízo de verossimilhança na alegação. Por seu turno, a tutela cautela não exigia tal qualificadora para a questão probatória.

Um passo posterior que levou a uma redução na importância dessa distinção e um encaminhamento à unificação do requisito cognitivo, ainda sob o CPC/73, se deu quando da instituição da fungibilidade das tutelas de urgência, acarretando paulatina eliminação da distinção entre tutela cautelar e tutela de urgência no tocante às exigências para fins de concessão da tutela de urgência. Ao permitir que o magistrado conceda tutela de natureza cautelar quando pleiteada em sede de antecipação de tutela, já demonstra a relação de continência dos requisitos. Ou seja, que o preenchimento dos requisitos da tutela antecipada abrangeria os requisitos da tutela cautelar. Permitida pela via legal a concessão de tutela cautelar quando pleiteada a tutela antecipada, muito discutiu-se acerca da possibilidade

inversa³¹⁸

Confirmando essa tendência à unificação, no Novo Código de Processo os requisitos para concessão de tutela antecipada ou cautelar finalmente foram unificados, não mais havendo que se falar em distinção para fins de concessão (ou não) de decisão em sede de tutela de urgência. Tal posicionamento, inclusive, restou consolidado pelo II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual³¹⁹, que proferiu seguinte enunciado:

143. (art. 301, caput) A redação do art. 301, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada³²⁰³²¹.

O requisito técnico, desta forma, consubstancia-se na técnica processual de sumarização da cognição necessária ao magistrado para a concessão da tutela cautelar. Reduz-se o caminho a ser perseguido até um provimento jurisdicional a fim de conferir segurança de que, ao final do processo principal, desenvolvida cognição exauriente, não haverá frustração em obter resultado decorrente da sentença, seja pela perda dos meios de fruição do direito, seja pelo perecimento do direito ou pelo prejuízo já suportado pelo aguardar da decisão. Cede-se exigências de certeza acerca do direito invocado em benefício da efetividade da decisão, contentando-se com juízos de probabilidade.

³¹⁸ O ponto seguinte seria permitir também a via inversa. Muito se discutiu na doutrina acerca da possibilidade de se conceder a antecipação de tutela quando pleiteada em sede de tutela cautelar. Cândido Rangel Dinamarco entende ser possível, destacando ser inerente à figura de toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos (DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 70-71). Posicionando-se contrários à essa maior amplitude da fungibilidade, podem ser citados Marcelo Abelha Rodrigues, Flávio Cheim Jorge e Fredie Didier Jr. que apontam a adoção de uma fungibilidade progressiva, em virtude das peculiaridades entre procedimentais, afirmando ainda que seria necessária também uma modificação procedimental (RODRIGUES, Marcelo Abelha *et ali*. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 90-91).

Em uma posição mais inovadora, Eduardo Talamini indica que a variação do grau de cognição (principal empecilho para a fungibilidade total) deve levar em conta não a natureza do pleito, mas sim o caso concreto. Tal variação dar-se-ia de forma inversamente proporcional ao periculum in mora. Quanto maior o perigo em na situação concreta, menos rigorosa deve ser a profundidade da cognição, e vice-versa. Essa fórmula, segundo Eduardo Talamini, reforça a fungibilidade e comunicabilidade entre as medidas de urgência, indicando o caminho da unificação dos regimes jurídicos (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). São Paulo: RT, 2003. pp.353-354).

³¹⁹ Tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

³²⁰ DIDIER Jr., Fredie ; BUENO, Cassio S. ; BASTOS, A. A. . **Carta de Salvador** - II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).. Revista de Processo, v. 227, p. 435, 2014.

³²¹ A previsão dos requisitos para fins de concessão de tutelas de urgência, na redação sancionada e que entrará em vigor consta do artigo 300, cuja disposição acerca do requisito cognitivo é a mesma que aquela analisada no II Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Para fins de concessão de tutela de urgência, o requisito cognitivo exigido é a demonstração da probabilidade de o direito material subjacente e que se pretende tutelado ser concedido em sede de cognição exauriente. Sumariza-se a cognição em um primeiro momento desde que demonstrado que há claras chances de que, quando submetido à cognição em sua plenitude, a conclusão alcançada seja pela efetiva existência do direito material do autor. Piero Calamandrei assevera que:

Em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. O êxito dessa cognição sumária sobre a existência do direito tem, portanto, em cada caso, valor não de declaração, mas de hipótese: se essa hipótese corresponde à realidade se poderá ver somente quando for emanado o procedimento principal.³²²

Cassio Scarpinella Bueno define o *fumus boni iuris* (mas cuja lição se mostra plenamente aplicável hodiernamente com a exigência de probabilidade do direito) como “a suficiência [...] de que o magistrado convença-se sumariamente da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional.”³²³.

Percebe-se, pois, que a matéria cognitiva em sede tutela de urgência se limita à análise se a demanda principal possui chances de sucesso, ou seja, que não se trata de uma aventura processual, mas efetiva busca de uma tutela jurisdicional sustentada. E que, por isso, esse processo merece também ser tutelado, para que seja útil no futuro. Sob essa perspectiva, Adroaldo Furtado Fabrício lembra que “a cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro”³²⁴.

Na mesma linha Calamandrei leciona que:

Em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.³²⁵

A profundidade da cognição em sede de tutela de urgência, com o Novo Código de Processo

³²² CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. pp. 99-100

³²³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**, vol 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009. p 236.

³²⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 20003.

³²⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.. p. 99.

Civil, passou a ser tratada nominalmente pelo legislador à semelhança dos conceitos já há muito utilizados pela doutrina. Com a nova codificação processual, a exigência cognitiva diz respeito à probabilidade do direito evidenciada por elementos (do processo, por óbvio). Nada muito diferente do que já se observava, mas, desta forma, se esvai a discussão acerca do que seria “prova inequívoca” – exigência para fins de concessão de tutela de urgência – bem como a discussão acerca de necessidade probatória para o reconhecimento do *fumus boni iuris*. O preenchimento do requisito cognitivo para fins de concessão de tutela de urgência passa a se dar com a conjugação do acervo probatório e fundamentos expostos, ou seja, elementos do processo. É sobre esses elementos que se dará o juízo de probabilidade acerca da existência do direito que se pretenderá tutelado com o processo.

É sobre o conjunto probatório que se exerce um juízo de probabilidade, sendo bastante aquela comprovação que leve ao juízo de probabilidade exigido para fins de tutela de urgência. O que deve ser demonstrada é a probabilidade de ser o direito material a ser invocado seja confirmado no bojo do processo.

A análise da profundidade da cognição com base nos elementos do processo, principalmente sob a perspectiva das alegações do requerente se mostra muito mais evidente quando diante das tutelas de urgência de caráter antecedente. Com a nova sistemática processual, não há mais que se falar em um processo cautelar distinto do processo principal. As postulações de medidas urgentes são formuladas no bojo mesmo do processo em que se discute o direito controvertido, de forma incidental. Nessa linha, as questões de direito postas no processo já estão à disposição do julgador, limitando-se apenas a questão probatória cuja produção se faça necessária no bojo da instrução processual.

Por sua vez, quando diante de tutela de urgência de caráter antecedente – seja pela contemporaneidade entre urgência e a propositura da ação (artigo 303 do NCPC³²⁶), seja pela necessidade de se acautelar situação em momento anterior à propositura da demanda (artigo 305 do NCPC³²⁷) – é possível se falar também em uma exposição da natureza superficial das questões que serão discutidas no bojo do processo. Nessas situações, o legislador conferiu ao postulante a faculdade de aditar a petição inicial, seja com a apresentação de novos

³²⁶ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

³²⁷ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

argumentos (no caso da tutela antecipada), seja com a formulação do pedido principal e aditamento da causa de pedir (no caso da tutela cautelar, sendo que é possível a formulação concomitante de pedido cautelar e pedido principal). Verifica-se, pois, que probabilidade do direito, como requisito para concessão de tutelas de urgência não possui formulação precisa, sendo questão a ser aferida no caso concreto.

4.5.3 A AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA* INVERSO: A INFLUÊNCIA DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS NA ANÁLISE DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Questão tormentosa em se tratando de tutelas de urgência diz respeito às hipóteses em que a concessão da medida implica que o réu suportará efeitos que não podem ser revertidos³²⁸. O parágrafo terceiro do artigo 300 do CPC/2015 é explícito ao vedar a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão³²⁹. Essa vedação se mostra plausível, uma vez que, *a priori*, não se mostra aceitável uma medida que, para evitar que uma das partes venha sofrer danos, acarrete na outra danos que não possam ser reparados.

Ocorre que no campo fático, as situações que se põem não são tão simples. Existem hipóteses em que qualquer dos polos processuais haverá risco de dano (se não o próprio dano): caso não antecipada a tutela, o autor sofrerá dano; caso não confirmada da tutela antecipada, não será possível recompor o réu ao *status quo ante*.

De pronto, cumpre destacar que a necessidade de reversibilidade do provimento também tem assento constitucional, na garantia de que ninguém será privado de seus bens sem o devido

³²⁸ Nessa esteira, importante tecer importante comentário no sentido de que, quando se está diante da previsão legal da irreversibilidade da tutela urgente, está se falando da irreversibilidade de seus efeitos, e não da própria tutela, já que, como toda decisão judicial, em teoria é passível de ser revertida. Ademais, há expressa previsão legislativa da possibilidade de revogação da decisão antecipatória. O que não pode ser revertido são seus efeitos sociais, que, a despeito de posterior reforma da decisão em sentido contrário, não têm, no plano fático, como retornar à situação anterior.

³²⁹ § 2º § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

processo legal (artigo 5º, inciso LIV). Verifica-se, assim, que ambos os polos possuem sustentáculo constitucional.

Assim, o conflito entre essas duas garantias constitucionais (acesso efetivo à justiça X devido processo legal) deve ser resolvido mediante ponderação entre esses dois princípios constitucionais. E essa ponderação deve ter em conta, análise do direito e do bem da vida que se pretende protegido.

Do lado do réu, tem-se, normalmente, o seu direito à propriedade, que será afrontado direta ou indiretamente pela concessão da tutela antecipatória. Ou, em hipótese mais extremas, a sua liberdade. Afinal, qualquer que seja a antecipação pleiteada, essa importará ao réu ou uma redução do seu patrimônio à sua disposição ou até mesmo a redução de seu âmbito de liberdade.

Assim, em se tratando de hipóteses em que os efeitos da tutela são irreversíveis, cumpre exercer o juízo de ponderação entre os princípios informadores desses direitos com os princípios informadores do direito a ser tutelado mediante a técnica antecipatória.

A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência impõe, desse modo, uma maior parcimônia na análise dos requisitos para a concessão da tutela urgente. De um lado, se está diante de risco de que o provimento final seja inútil; de outro, a transferência desse risco e os consequentes ônus do tempo do processo para o réu importa também em potencial perigo de esse tenha sua esfera de direito invadida sem a completa cognição da matéria. O professor José Roberto dos Santos Bedaque aponta que um maior cuidado do magistrado nessas situações se faz necessária:

Verificada a possibilidade de a eficácia do provimento antecipado ser irreversível, deve o juiz tomar maior cuidado no exame da situação talvez desenvolvendo atividade cognitiva mais profunda e, principalmente, comparando os valores em conflito, para verificar da conveniência de conceder a antecipação.³³⁰

A antecipação de tutela, como bem lembra Cândido Rangel Dinamarco, envolve técnica de distribuição dos riscos do processo. Assim, o risco que o autor estaria sujeito se aguardasse a

³³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 354.

tutela final é repassado ao réu. Para tanto, impõe-se o exercício de dois juízos: um juízo do mal maior e um juízo do direito mais forte³³¹.

O primeiro juízo informa que para a concessão da tutela antecipada, quanto mais intensa a atuação na esfera de direitos do réu, mais forte deve ser essa análise. E por força do juízo do direito mais forte é exercida a ponderação entre os direitos do autor e do réu. Barbosa Moreira também tem entendimento semelhante, informando que, na análise das tutelas irreversíveis, deve-se balancear os dois “males” e escolher o menos pior³³².

O exemplo clássico é quando envolve também o direito à saúde. É extremamente comum a ocorrência de casos em que há negativa de cobertura por planos de saúde a certos tratamentos, ou quando se busca, via Judiciário, o acesso a medicamentos que o Estado não fornece. Nessas situações, o direito à propriedade dos réus (propriedade no sentido de que, para fornecer o bem pleiteado, parcela do patrimônio será destinada a essa finalidade) cede espaço ao direito à saúde (e, indiretamente, à vida) dos autores.

Outro exemplo é o conflito entre o direito à informação e o direito à intimidade, comum em casos em que veículos de comunicação, transbordando os limites do direito à informação e à livre expressão maculam o direito de intimidade de certos indivíduos. Nesses casos, para fins de concessão de antecipação de tutela, mister a ponderação entre os direitos em jogo, analisando até que ponto o interesse em preservar a liberdade de expressão é superior à intimidade do noticiado. Essa análise é casuística, devendo levar em conta o interesse na informação com o grau da publicidade que o indivíduo possui na sociedade.

Tendo em mente os potenciais conflitos que podem surgir quando se está diante de direitos mais sensíveis e que exigem uma resposta rápida – razão de ser, inclusive, das tutelas de urgência – e que essa resposta traga uma modificação da situação fática que não pode mais ser desfeita, e a despeito de o CPC prever esse requisito para a concessão, não há que se falar efetivamente na reversibilidade dos efeitos como um requisito para a concessão da tutela de urgência. Essa questão é apenas um elemento a mais a ser sopesado na análise do deferimento ou não. Havendo risco de irreversibilidade, o exame deve ser mais aprofundado.

³³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 74-75.

³³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos.. **Antecipação de tutela**: algumas questões controvertidas. In Temas de direito processual. 8ª Série. São Paulo. Saraiva. p. 83.

Assim, ante sua constante (e necessária) flexibilização, a irreversibilidade dos efeitos do provimento urgente deve ser considerado como elemento a ser levado em conta quando da ponderação dos interesses em jogo no processo. No caso, de um lado estariam os interesses a uma tutela efetiva somado com o direito material discutido (se tem ou não índole constitucional e/ou de direito fundamental); ao passo que do outro lado estaria o direito ao contraditório e somente ver despojado de patrimônio com o devido processo legal.

A reversibilidade deve ainda ser analisada apenas como forma de não impingir ao réu medida excessiva ou desnecessária. Procura-se atingir sua esfera jurídica com o mínimo de impacto possível, mas sempre com vistas à proteção do direito invocado pelo postulante da tutela de urgência.

Nesse ponto, é possível reconhecer a inconstitucionalidade de impor, *a priori*, a reversibilidade dos efeitos da tutela antecipada como requisito para sua concessão. Não se pode olvidar que o direito à tutela de urgência é de índole constitucional, como consectário do direito de ação, potencializando-o. Assim, como bem informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não tem o legislador infraconstitucional o poder de interferir em direitos fundamentais para reduzi-los ou enfraquecê-los³³³. Em sentido semelhante, Eduardo Couture destaca a inconstitucionalidade de vedação ao acesso a tribunais³³⁴, situação que ocorreria caso entendida a restrição a tutelas de urgência ante a irreversibilidade de seus efeitos como regra estanque.

Desta forma, fica evidente que a irreversibilidade dos efeitos da decisão em sede de tutela de urgência não deve ser interpretada como requisito negativo de imperativo preenchimento, mas sim como um indicativo ao órgão judicante que a situação posta acarreta no conflito de dois direitos fundamentais, impondo o dever de analisar ambos e, mediante juízo de proporcionalidade, proceder à ponderação de modo a tentar compatibilizar os direitos em conflito, levando em conta também a capacidade de suportar os efeitos decorrentes desse juízo.

³³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998. p. 18.

³³⁴ COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**, tomo I: “La constitución y el proceso civil”, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1998. p. 41.

5 RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS CASOS DE INSUCESSO DA DEMANDA

A tutela de urgência no ordenamento jurídico pátrio se mostra como um instrumento de significativa importância à própria prestação da tutela jurisdicional, tendo aptidão de conferir celeridade e, principalmente, efetividade à proteção do direito do postulante, impedindo que esse tenha que suportar as consequências maléficas que o tempo exerce sobre seu direito. A concessão da tutela de urgência impõe que réu passe a suportar os efeitos do tempo, já que é quem sofrerá as consequências decorrentes da tutela de urgência como se ao autor assistisse razão no processo. Sem questionamentos acerca desse posicionamento, posto que a decisão terá sido proferida com bases que permitam um julgamento de probabilidade acerca do direito do autor.

Justamente em razão desse juízo de probabilidade que se pode dizer que há reais chances de, ao final do processo, o autor ter efetiva razão em seu pleito e a decisão urgente apenas ter assegurado que o resultado definitivo possa ser cumprido. E, seguindo esse raciocínio, que o réu deveria, desde antes da propositura, ter adotado antes mesmo do início do processo, postura ao menos semelhante àquela a que fora obrigado por força de decisão judicial.

Contudo, por se tratar de um juízo de probabilidade, há chances também de o autor não ter razão quando exercido um juízo de cognição mais aprofundado, com base em proposições acolhidas mediante juízos de certeza. Nessas situações, em que a assertiva autoral quanto ao seu direito é infirmada com o desenvolvimento do processo, vislumbra-se a possibilidade de aqueles efeitos do tempo terem causados danos ao réu, devendo, pois, serem recompostos. É a responsabilidade pela reparação desses danos que será estudada no presente capítulo.

5.1 A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS DO PROCESSO

A espera por uma decisão final um processo obedecendo todos os trâmites necessários a fim de que seja conferida proteção a um direito violado, ou na iminência de ser violado, causa àquela potencial vítima uma angústia de se vislumbrar sem saídas, podendo é mesmo levar ao

descrédito do Poder Judiciário. Enquanto se espera pelo término do processo, o autor, potencial vítima da violação de direitos fica submetida a todos os riscos inerentes a essa violação. Tendo tal situação em mente é que se vislumbra a adoção de técnicas assecuratórias ao autor, sendo as tutelas de urgência as que merecem maior destaque.

Por intermédio das tutelas de urgência, e como já explicitado, ao magistrado são conferidos poderes aptos a combater os efeitos deletérios do tempo. Distribui-se, dessa forma, o ônus do tempo do processo também ao réu, na medida da amplitude do provimento urgente concedido, quem passará, assim, a suportar tais efeitos.

Proferida decisão sem aguardar o desfecho final da demanda, os riscos decorrentes da espera do trânsito em julgado da decisão final do processo são distribuídos com o réu, alcançando dupla finalidade. Imediatamente, é retirada de sua esfera de direito o risco a que estava submetido o autor, tutelando seu direito material, ao passo que de forma mediata, compele o réu a contribuir para a celeridade do proferimento de uma decisão baseada em cognição exauriente.

Concomitante com os efeitos maléficos que o tempo exerce sobre o processo é preciso destacar a noção dos riscos que o envolve. Da mesma forma como em relação ao tempo, o processo ordinariamente é construído de forma que o autor suporte os riscos inerentes à espera por uma decisão definitiva.

A decisão de urgência não se mostra apta a tão distribuir tão somente os ônus do tempo. Considerando que um dos requisitos para a concessão de uma tutela de urgência é o risco de ocorrer algum dano ao autor ou o risco ao resultado útil ao processo, percebe-se que também por efeito da tutela de urgência deferida há uma eliminação (ou ao menos uma tentativa de eliminação) desses riscos aos quais estava o autor submetido. Em verdade, não uma eliminação propriamente dita. O que ocorre é uma transmissão desses riscos. Se antes da decisão quem estava submetido aos riscos inerentes à espera era o autor, uma vez concedida a medida urgente quem suporta eventuais riscos dessa decorrente é o réu.

A utilização de técnicas de distribuição do ônus do tempo do processo não tem o condão de “fazer desaparecer” o risco que a espera do regular trâmite processual poderia acarretar. Ocorre o que é possível denominar como uma “distribuição dos riscos do processo”. Assim, a tutela de urgência pode retirar os riscos decorrentes da demora do processo da esfera jurídica

do autor, mas, ao mesmo tempo, transfere ao réu o ônus de suportá-los. O réu, dessa maneira, veria sua esfera de direitos maculada por eventual decisão, havendo ainda a potencialidade de sofrer danos injustos e suportar suas consequências até a resolução da demanda.

Nessa esteira, para fins de distribuição dos riscos a serem suportados pela eventual demora na prestação jurisdicional, importante trazer a lição do professor Dinamarco, quando analisando os requisitos para concessão de antecipação de tutela. Afirma o professor que “quanto mais intensa for a atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária, tanto mais cuidado deve ter o juiz”³³⁵. Essa análise é denominada pelo próprio professor Dinamarco como um “juízo do mal menor”. E essa é a linha mestra a ser adotada quando observada a questão da concessão da tutela de urgência quando analisada sob a perspectiva do risco a ser distribuído. Outro ponto destacado é o chamado “juízo do direito mais forte”, em que deve exercida a ponderação entre os direitos do autor e do réu³³⁶.

Essa relação entre tempo e processo e os riscos que aquele impõe aos jurisdicionados têm, dessa forma, papel importante no norteamto da antecipação dos efeitos da tutela.

5.2 A NATUREZA PROCESSUAL DA RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA

Outro ponto que merece atenção quando analisada a responsabilidade pela efetivação das tutelas de urgência diz respeito à sua natureza. Uma análise apressada levaria à conclusão de ser a responsabilidade prevista na legislação processual exemplo de norma heterotópica, ou seja, uma norma de direito material no bojo de uma legislação processual. Todavia, com base nas características de ambas as modalidades de responsabilidade, é possível identificar a natureza processual da responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutela de urgência.

De pronto, é de grande valia a lição de Pontes de Miranda que, discorrendo acerca da

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In Nova era do processo civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 74

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75.

responsabilidade pela efetivação de medidas cautelares sob a égide do CPC/73 (mas com plena aplicabilidade em relação ao modelo de tutelas de urgência previsto no CPC/2015), afirma:

A responsabilidade [...] é de direito processual, e não de direito material. Não se trata de princípio de direito civil, que se haja colocado, heterotopicamente, no Código de Processo Civil, mas de regra jurídica de direito processual posta no lugar próprio.³³⁷

Para se alcançar essa conclusão se faz necessário analisar se a responsabilidade aqui discutida possui os requisitos que permitiram o reconhecimento da autonomia da responsabilidade processual. Afinal, se a responsabilidade processual possui certos contornos próprios, tais contornos devem estar presentes quando de seu confronto com a legislação processual pátria. Para tanto, traz-se à colação sua previsão legal, veiculada no artigo 302 do NCPC³³⁸.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
I - a sentença lhe for desfavorável;
II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

O primeiro critério para aferição da natureza processual é o suporte fático processual. A responsabilidade prevista, quando atine à efetivação da tutela de urgência, por óbvio está tratando de um ato processual. Isolando o ato potencialmente lesivo percebe-se toda estrutura processual, com sua gênese no bojo do processo, com o ato gerador do potencial dano sendo a própria efetivação da tutela de urgência. Não se olvida que a repercussão no mundo fático é patente, mas tal repercussão se dá de maneira colateral, como um efeito do que ocorrera no bojo da relação processual.

Também se verifica a judicialização dessa responsabilidade por meio da norma processual. O mero fato de a efetivação da tutela de urgência ter causado dano não resulta na pronta imputação de responsabilidade da parte causadora do dano. Imprescindível é que a norma processual descreva tal hipótese (o dano) e, ato contínuo, descreva como consequência dessa hipótese a imputação a responsabilidade à parte que efetivou o ato gerador de dano. Caso inexistente essa judicialização por meio da norma processual, até poder-se-ia falar em

³³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII, p. 75.

³³⁸ A previsão do mencionado dispositivo manteve, se não toda a literalidade, o cerne da previsão do artigo 811 do CP/73, indicando a manutenção do tratamento e da natureza dessa responsabilidade.

responsabilidade, mas essa teria que ser perquirida por meio dos instrumentos à disposição da responsabilidade civil material. Ou seja, se faria necessário um novo processo, e, *a priori*, com investigação do elemento volitivo.

Configurada também a presença dos efeitos que a responsabilidade processual gera perante o processo e a relação processual. Em decorrência dos critérios supra mencionados, a responsabilidade pela efetivação de tutelas de urgência exsurge como um efeito anexo da sentença, como bem lembra Cassio Scarpinella Bueno³³⁹. Nessa esteira, a responsabilidade em comento gera desdobramentos também no bojo do processo, e, repetindo mais uma vez, por força da previsão na norma processual.

Também se afere a natureza processual da visão de Francesco Carnelutti, já apresentada no presente trabalho, acerca da justa composição da lide. Tendo em vista a finalidade da responsabilidade é a de recomposição dos danos sofridos pela parte que suportou a efetivação da tutela de urgência e, posteriormente, viu-se vencedora na demanda, a justa composição da lide imporia o retorno (ou uma tentativa) ao *status quo ante*. Essa direta confluência na justa composição, temática de caráter estritamente processual, seria o elemento final a impor o reconhecimento da natureza processual da responsabilidade pela efetivação de tutelas de urgência.

A natureza processual da responsabilidade pela efetivação da tutela de urgência permite, desta feita, destacar ser o dado objetivo do dano o elemento que confere justificação à responsabilidade objetiva. Não se trata de uma previsão com finalidade sancionatória. Essa ausência de finalidade sancionatória advém do fato de, em função da natureza constitucional das tutelas de urgência, essas não devem ser limitadas sem um substrato também de fulcro constitucional. Por seu lado, a responsabilidade objetiva se coaduna com a ideia de uma ampla reparabilidade, também de cunho constitucional, voltada para uma ideia de socialização do direito e primazia dos interesses da vítima.

Constatada a natureza processual da responsabilidade imputável ao requerente pela efetivação de tutelas de urgência, fica clara sua distinção em relação à eventual responsabilidade pelos danos sofridos pelo requerente quando não obtém a tutela de urgência, que se dá justamente na natureza dessa responsabilidade. A responsabilidade pelos danos sofridos pelo requerente é

³³⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, vol 4**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

de natureza material, decorrente não da conduta processual (seja a prática de um ato ou a omissão correlata), mas sim de uma atuação extraprocessual, ainda que o processo tenha o condão de potencializar tais danos. Os danos seriam causados pela violação ao dever geral de conduta de não causar dano a outrem

Por não se enquadrar nas características já delineadas para a invocação de eventual natureza processual, a responsabilidade pelos danos sofridos pelo requerente de uma tutela de urgência não deferida decorre da regra geral de responsabilidade civil prevista no Código Civil.

5.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO ARTIGO 302, I, DO NOVO CPC.

O artigo 302 do Novo Código de Processo Civil prevê em seus incisos quatro hipóteses de responsabilização (de forma objetiva)³⁴⁰, a saber: I) sentença desfavorável ao requerente; II) caso obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o requerente não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Dessas hipóteses, a que traz maiores discussões, e por isso é o objeto de atenção do presente trabalho, é a primeira, seja pela sua maior incidência, seja por ser a que traz situação em que, a princípio, o requerente não teria culpa pela ocorrência.

Deferida a tutela antecipada, o processo se desenvolve normalmente. Nesse tempo, o réu vem sofrendo as limitações impostas pela medida antecipatória determinada pelo magistrado em razão de, em uma primeira análise, haver chances de as alegações postas pelo autor da demanda serem verdadeiras. Julgado procedente formulado, nada há a se questionar; o que era um juízo de possibilidade fora confirmado, dessa vez por um juízo de certeza. A questão torna-se mais tormentosa, contudo, quando se depara com um resultado distinto daquele defendido pelo autor. Ou seja, quando o desenvolver do processo acaba por levar a uma conclusão contrária ao autor e aquele juízo de possibilidade não se confirma quando aprofundada a cognição culminando em um julgamento de improcedência.

A princípio, nenhuma consequência haveria, pois a tutela antecipada seria (ou ao menos

³⁴⁰ Hipóteses semanticamente iguais às previstas no artigo 811 do CPC/73.

deveria ser) revogada pela decisão proferida mediante cognição exauriente, mormente se termos em conta que a reversibilidade do provimento antecipado. Ocorre que muitas das vezes a tutela antecipada tem clara aptidão a causar danos ao réu. Ou ainda, a reversibilidade exigida para a concessão de provimentos antecipatórios cede espaço a uma exigência decorrente da violação (ou potencial violação) de direito com maior prevalência na ordem jurídica pátria. Diante dessas situações, ao réu resta utilizar-se do método geral de (tentativa de) restauração ao *status quo ante*, qual seja, a indenização.

Trata-se de responsabilidade objetiva, cujos fundamentos serão delineados oportunamente, e que Pontes de Miranda afirma que “funda-se no fato da execução da medida”³⁴¹. Importa distinguir ainda que, tendo em vista a distinção de fundamentação, essa responsabilidade objetiva é cumulável com a responsabilidade processual subjetiva, que tem como fundamento a má-fé do litigante. O artigo 302 do NCPC (assim como o artigo 811 do CPC/73) é claro ao expor que a responsabilidade objetiva pela efetivação da medida é independente a responsabilidade subjetiva pela má-fé. Ainda que dano apurável possa ser o mesmo, essa cumulatividade abre espaço para a previsão de aplicação de sanção pecuniária (aplicação de multa) ao litigante de má-fé, verba essa que não guarda relação direta com o dano (exceto, por óbvio, a comunhão de fato gerador).

5.3.1 O RISCO PROCESSUAL COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA

A responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência é, reconhecidamente, objetiva, sendo despicienda a demonstração de dolo ou culpa da parte beneficiária da tutela urgente. Humberto Theodoro Júnior frisa esse ponto, lembrando que não seria meramente uma culpa presumida, mas sim a dispensabilidade desse elemento para fins de responsabilização³⁴². Tal característica, a despeito de algumas críticas que já sofria desde a égide do Código de Processo Civil de 1973, fora mantida pelo legislador de 2015, repetindo,

³⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII, p. 74.

³⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23 ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 2006.. p.186

com pequenas variações nos termos utilizados (mas mantendo a identidade sob a perspectiva semântica) no artigo 811 do CPC/73. A essa responsabilidade processual objetiva, contudo, tratava-se, em 1973, de uma inovação ao sistema anteriormente adotado pelo CPC/39. Em suas críticas à responsabilidade objetiva Ovídio Baptista destacava o ineditismo de tal previsão, destoando dos sistemas italiano e português, sistemas mais próximos ao do direito brasileiro³⁴³.

Na previsão do Código de Processo Civil de 1939, só se cogitava da responsabilidade da parte pela “promoção da medida preventiva” na hipótese em que fosse vencida quando presente erro grosseiro ou malícia, na forma do artigo 688 e seu parágrafo único³⁴⁴. Lopes da Costa já tecia críticas a essa sistemática, trazendo a comparação com a execução provisória, que se fundava em um título mais robusto, mas trazia um sistema de responsabilidade mais severo ao exequente provisório do que o sistema adotado para o proponente da medida preventiva, destacando ainda a previsão de responsabilidade objetiva no direito alemão³⁴⁵. Essa crítica se torna mais explícita no momento em que o professor Lopes da Costa apresenta seu projeto de reforma das medidas preventivas do qual consta a responsabilidade objetiva pela efetivação de medida preventiva quando o resultado final da demanda for desfavorável ao postulante dessa medida³⁴⁶. O Código Buzaid endossou as sugestões de modificação apresentadas por Lopes da Costa³⁴⁷, fato perceptível da semelhança das disposições.

Projeto Lopes da Costa

Art. 19. O autor, na preventiva, responde, independentemente de culpa, pelos danos causados ao réu com a execução da medida:

1º - se a decisão final no processo da ação preventiva lhe fôr desfavorável;

CPC/73

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

A responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da efetivação da medida urgente no

³⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001, p. 219.

³⁴⁴ Art. 688. A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos arts. 63 e 64.

Parágrafo único. A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar

³⁴⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, pp. 59-60.

³⁴⁶ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, pp. 185-186.

³⁴⁷ Pontes de Miranda faz essa referência, afirmando que “deve-se o artigo 811 a Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas*, que, em se inspirando no § 945 da Ordenação Processual Civil alemã, atendeu a enunciados de artigos do Código, o que mais ocorreu nos comentários ao § 945 do texto alemão” (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil: atualização legislativa de Sérgio Bermudes**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII, p. 73)

direito pátrio, portanto, significou um afastamento da influência dos sistemas português e italiano e indicando uma aproximação ao sistema alemão. O §945 do ZPO tedesco traz essa previsão de responsabilidade daquele que obteve a medida urgente pelo simples fato objetivo de ocorrência de dano, bastando que “na ação principal, resulte provada a inexistência do direito cuja satisfação se pretendia resguardar”³⁴⁸

Verificou-se uma mudança de paradigma, em que a culpa deixa de ser o eixo dessa modalidade de responsabilidade processual e a própria ideia de reparação de danos passa a ocupar o papel de destaque. Ganha força, então, o risco como força motriz da relação de responsabilidade que se forma ante a configuração do dano. Lopes da Costa já invocava o risco inerente à prolação de uma decisão com base em um juízo de plausibilidade do direito (sendo, dessa forma, um direito incerto, em contraposição à certeza obtida com a sentença) como fundamento da reparação do dano causado por uma medida que vinha em benefício do postulante³⁴⁹.

Dessa forma, antes mesmo da consolidação da ideia de erigir o risco, sob uma perspectiva geral, como o fundamento precípua da responsabilidade civil³⁵⁰, em sede de responsabilidade processual já se tinha consolidado o posicionamento de que o risco que a adoção de medidas processuais acarreta à esfera de direitos da parte adversa é justificativa suficiente à imputação da responsabilidade. A efetivação das tutelas de urgência, deste modo, ainda que plenamente lícita – e até com amparo constitucional – exsurge como causa de imputação de responsabilidade, caso a demanda seja julgada de forma desfavorável àquele quem as efetivou.

Buscando a justificação da responsabilidade objetiva no caso da efetivação das tutelas de urgência, a distribuição do risco dos efeitos do tempo sobre o processo pode trazer luz à discussão. As tutelas de urgência têm como o requisito que justificam sua utilização a existência de um risco a que o postulante submetido, seja um risco diretamente relacionado ao

³⁴⁸ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas**: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 60.

³⁴⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas**: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 60.

³⁵⁰ Como já apontado no presente trabalho, não se olvida que a responsabilidade objetiva é prevista na legislação pátria desde até antes do Código Civil de 1916. Contudo, sempre se preferiu adotar a responsabilidade de forma pontual, escolhendo certas atividades tidas como arriscadas para fins de imputação da responsabilidade objetiva. A ideia de uma responsabilidade objetiva com caráter geral ganha força no pós Constituição de 1988, sendo notável a responsabilidade objetiva nas relações de consumo até se alcançar a cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

direito discutido, seja um risco relacionado à própria utilidade do processo como instrumento para debelar a crise jurídica instaurada. Nesse interim, ao afastar esse risco da esfera de direitos do postulante, a tutela de urgência acabar por proceder transferi-lo para a esfera de direitos do réu. A partir desse momento, os riscos inerentes à prestação jurisdicional (e, em particular, os riscos decorrentes da espera dessa prestação jurisdicional) são atribuídos ao requerido. Distribuem-se, assim, os riscos do insucesso do processo de forma inversa. É o réu quem passa a suportar os riscos originados da efetivação da tutela de urgência, submetendo-se à possibilidade de, em decorrência dessa, vir a sofrer danos.

Não seria aceitável que, impondo seu risco relacionado aos efeitos do tempo ao réu, em caso de insucesso em sua pretensão de urgência o autor transferisse também os riscos pela efetivação da tutela de urgência. Trata-se, pois, da assunção dos riscos decorrente da sumarização da cognição, em que, o que aparentava ter verossimilhança, não passou de aparência, vez que, ao final, restaria demonstrado inexistir o direito alegado.

A adoção de técnicas de diferenciação de tutela, que tem na tutela de urgência um grande exemplo, tem como finalidade conferir maior efetividade ao processo, buscando compatibilizá-lo com as situações fáticas que ocorrem na sociedade por meio de aberturas à adaptação procedimental. Em sede de tutela de urgência, a adaptação consiste na sumarização da cognição, a fim de superar o obstáculo criado pelo tempo necessário ao julgamento definitivo da demanda. Todavia, as técnicas diferenciação de tutelas têm como característica conferir uma posição de prevalência do autor frente ao réu, devendo por isso serem adotadas com a devida cautela. Nesse ponto, Donaldo Armelin destaca que:

A adoção de tipos tutela diferenciada tende a favorecer o polo ativo da relação processual, na medida em que são eles concebidos precipuamente com o propósito de acelerar a prestação jurisdicional. Por isso mesmo, indispensável se torna cautela na sua adoção, para se evitar a violação do tratamento isonômico das partes litigantes e a vulneração do princípio assegurador da paridade das armas no processo³⁵¹.

Não se discute o grande benefício que as tutelas diferenciadas trazem à efetividade do processo, nem tampouco se discute a validade ou não de se conferir certa prevalência do autor em sua adoção. Os valores defendidos são de índole até mesmo superior à mera discussão do direito das partes no processo. Trata-se de um instrumento a serviço da efetividade do processo e se para alcançá-la se faz necessário alterar de certa forma o equilíbrio entre as

³⁵¹ ARMELIN, Donaldo . Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.65, p. 45-58, 1992. pp. 47.

partes, é um ônus que se deve suportar. Mas também deve se ter em mente a já citada questão da criação do risco de gerar danos que surge para o requerido em sede de tutelas de urgência. Assim, deve-se reconhecer a existência de um risco processual atinente à utilização das tutelas de urgência.

Pela teoria do risco processual, reconhece-se o processo como uma fonte de riscos, e aquele que a esse se submete assume os riscos inerentes a cada ato processual que pratica. Francesco Carnelutti lembra que “o risco processual não representa mais do que uma aplicação do princípio de atuar pelo próprio risco”³⁵². Em se tratando de tutela de urgência, esse risco é de que a decisão, prolatada sem a plena cognição, possa causar danos ao réu. Tércio Chiavassa aponta que a teoria do risco processual, com íntima relação com a teoria do risco criado, impõe ao vencido a recomposição dos danos causados não por força da prática de ato ilícito, mas simplesmente por força da justa composição da lide, com base nos antigos ensinamentos de que a ninguém é dado causar prejuízos a outrem impunemente³⁵³.

A incidência da teoria do risco afasta, portanto, eventual discussão acerca da licitude ou ilicitude do comportamento do requerente de pleitear e efetivar a tutela de urgência. A responsabilidade é objetiva por levar em conta que o requerente, ao pleitear a concessão de uma medida urgente, propõe a modificação da situação fática do objeto do processo. Essa alteração, por sua vez, implica em consequências caso tenha que ser retomada ao estado anterior. Francesco Carnelutti destaca que a adoção do risco processual trata-se “de pôr a cargo da parte as consequências de sua ação infundada (estímulo a atuar com cautela), dispondo que a parte cuja demanda se rejeite fica sujeita a certas perdas”³⁵⁴. E, em caso de danos, a imperiosidade de se indenizar o requerido é uma dessas consequências. Trata-se de efetiva responsabilização por ato lícito, com base na assunção do risco inerente a tal pleito.

Piero Calamandrei também invoca a questão do risco assumido pelo requerente em pleitear uma medida constritiva com base em cognição sumária:

Também nas medidas cautelares há, analogicamente, um certo risco, inerente exatamente àquele estado de incerteza do direito que justifica o procedimento de urgência; e se sucessivamente parecer que o direito principal não subsiste, e que por consequência a aplicação da medida cautelar foi inútil e quem sabe prejudicou o

³⁵² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, vol 2. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 115.

³⁵³ CHIAVASSA, Tércio. **Tutelas de Urgência Cassadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. pp.159-166.

³⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, vol 2. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 116.

pretensão devedor, este terá direito ao ressarcimento dos danos não porque o procedimento provisório tenha sido emanado o ilegitimamente a favor de quem tivesse desprovido da ação cautelar, mas porque cada ação cautelar, tendo entre as suas condições a aparência, e não a existência, do direito, traz consigo uma certa margem de erro, que constitui, por assim dizer, o preço da prontidão e deve onerar naturalmente quem dessa prontidão se beneficia.³⁵⁵

Giuseppe Chiovenda também aponta ser a responsabilidade objetiva como a solução mais justa no tocante à reparação dos danos decorrentes de medidas preventivas (tal como é a tutela de urgência). Com base na lição de Chiovenda, percebe-se que as tutelas de urgência têm como fundamentos a necessidade de se garantir a proteção de um direito. Todavia, se futuramente percebe-se inexistente tal direito que se pretendeu proteger, também se tem por inexistente a sustentação da tutela de urgência concedida³⁵⁶⁻³⁵⁷. O mestre italiano conclui então que, tais medidas possuem de caráter provisório, de onde se extraia que devem ser exercidas a risco e perigo do autor e, em caso de reversão da decisão, os danos decorrentes devem ser suportados pela parte que provocou, em benefício próprio, a medida (e, conseqüentemente, o dano) que restou, ao final, tornada sem justificativa, ao invés de permitir que a parte que nada fez para sofrer o dano e que também nada poderia fazer tenha que suportá-lo³⁵⁸.

Nessa mesma linha, Galeno Lacerda, justifica a responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência na relação entre risco e benefício, cabendo à parte exercer uma livre avaliação dos riscos inerentes à medida que postula³⁵⁹. E, justificando essa relação, aduz que “quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação”³⁶⁰.

O papel que a declaração de improcedência da demanda exerce para fins de imputação da responsabilidade processual é deveras relevante. E para analisá-lo, torna-se imprescindível o retorno à questão da juridicidade da conduta como elemento com aptidão exercer função de excludentes de responsabilidade. Uma conduta que gere dano não necessariamente dará

³⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000. pp. 111-112

³⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, **Principios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 262.

³⁵⁷ Chiovenda utiliza-se do termo "medidas provisórias", que, no contexto, possuem a mesma finalidade das tutelas de urgência, podendo, portanto, as lições de uma serem aplicadas em relação à outra.

³⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, **Principios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1922, pp. 262-263.

³⁵⁹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I**: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992, p313.

³⁶⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I**: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992, p313.

ensejo à responsabilidade. Caso essa conduta danosa esteja amparada pelo Direito, não há como se estabelecer a relação de responsabilidade entre o agente e a vítima.

Por outro lado, a decisão proferida com base em cognição exauriente contrária ao beneficiado pela tutela de urgência indica que o risco que corria o postulante, além de ter sido fator determinante para a concessão da medida urgente naquele momento, quando da sentença é verificado que, em verdade, era o único requisito presente. Nessa linha, o professor Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

Se ao cabo da instrução exauriente e completa, o juiz decidir a causa contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, isso significará que a aparência de razão ao autor (*fumus boni juris*) não passava de ilusão e só conduziu à antecipação porque havia urgência (*periculum in mora*)³⁶¹.

Sob essa perspectiva, é possível perceber que a confirmação em sede de sentença proferida mediante cognição exauriente do direito analisado apenas sumariamente exerce o papel de uma excludente de antijuridicidade. Ou seja, o dano pode até ser reconhecido, mas como está amparado pela relevância jurídica³⁶² que o direito sob discussão tem, não deflagra a relação de responsabilidade. Assim, mesmo tendo havido o dano e a conduta danosa, o reconhecimento do direito pelo julgamento de procedência tem o condão de romper o nexo de causalidade. Por sua vez, com o julgamento de improcedência, esse elemento que afastaria o dever de indenizar não se mostra presente, devendo, assim, ser reconhecido o direito do réu em ter recomposto o dano sofrido.

5.3.2. UM DIÁLOGO ENTRE A RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Não obstante a natureza processual da responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência, bem como sua fundamentação na teoria do risco processual, uma comunicação com a responsabilidade civil objetiva prevista no Código Civil (e, em

³⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In Nova era do processo civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 97.

³⁶² Essa relevância jurídica é entendida sob dois pontos: de um lado, como o preenchimento do requisito técnico para sua concessão; de outro lado, a qualidade que a norma processual lhe confere de afastar a responsabilidade pelo dano causado em virtude de sua licitude conjugada com a falta de amparo jurídico da pretensão da parte adversa.

especial com a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927) permite uma melhor consolidação da natureza da responsabilidade. Cumpre destacar que não se trata de negar a autonomia da responsabilidade processual, mas sim trazer uma abordagem que permita interpretar ambas as previsões como integrantes de um mesmo sistema, o sistema normativo brasileiro. Importante, sob essa perspectiva, que se procure manter uma lógica entre os dois sistemas de responsabilidade, embora se busque fundamentações distintas. Destaque-se ainda que a responsabilidade processual objetiva e a responsabilidade civil objetiva têm como ponto de contato o fato de que uma situação geradora de risco fora erigida a fundamento para a busca da plena reparação dos danos que por ventura tenham sido ocasionados.

Partindo desse ponto em comum, é possível buscar também no Código Civil a justificção para uma responsabilidade objetiva pelos danos causados pela efetivação de tutelas de urgência. A partir da codificação de 2002, o ordenamento jurídico pátrio passou a ser dotado de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927, dispondo que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Enquanto na primeira parte reconhece o modelo tradicional de imputação de responsabilidade objetiva (por meio de disposições casuísticas), a segunda parte imputa a responsabilidade pelo risco que a atividade que o autor desenvolva normalmente implique para direitos de outrem. As questões que se põem, portanto, são: o que seria atividade, o que seria normalmente desenvolvida e como aferir se essa atividade implica risco. Já nos propusemos a respondê-las no tópico correspondente, de modo que passaremos a delinear tais respostas sob a perspectiva do processo.

Atividade, entendida como atos coordenados para se atingir um fim³⁶³, mostra-se aplicável ao processo. O termo atividade voltado para a efetivação de tutelas de urgência, desta forma, se mostra plenamente compatível. Nesse caso não é a mera efetivação que deve ser entendida como a geradora do risco, mas sim toda a sequência coordenada de atos. Faz-se necessária a postulação, a respectiva demonstração do preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão de tutela de urgência, a prolação da decisão concedendo a tutela de urgência para aí então se proceder à efetivação. Uma série de atos coordenados e com o objetivo de afastar o

³⁶³ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134.

perigo de dano ou o risco de inutilidade do processo. Atividade nos termos legais, portanto.

O desenvolvimento normal da atividade, por sua vez, aparece como oposição ao desenvolvimento anormal da atividade. Extrai-se se tratar de uma atividade lícita³⁶⁴. Indubitável ser a atuação no processo pleiteando a concessão de tutelas de urgência um ato lícito. A atuação processual de forma ilícita também tem aptidão a ensejar a responsabilidade, mas essa é independente da responsabilidade objetiva.

Por fim, o risco inerente à concessão de tutela de urgência se mostra existente na medida em que, além de promover uma distribuição dos riscos decorrentes da espera por uma decisão final, a tutela de urgência é proferida com base tão somente em um juízo com base em uma cognição sumária, e muitas vezes sem mesmo ouvir o réu.

Desta forma, é possível concluir que a efetivação de tutelas de urgência se enquadra na hipótese prevista na cláusula geral de responsabilidade civil prevista na legislação civil pátria.

Ainda acerca da responsabilidade processual objetiva prevista no inciso I do artigo 302 do NCPC, e novamente fazendo um diálogo com o direito civil, é imprescindível o resgate da ideia de erosão de filtros da responsabilidade civil. A existência desses filtros seria impedir uma avalanche de demandas, bem como impedir o surgimento de inúmeras demandas infundadas³⁶⁵. Contudo, no caso das tutelas de urgência, não há razão de ser desses filtros. A origem do dano, sendo de natureza processual, já se mostra mais restrita, ou seja, não se corre o risco de “aventuras processuais”, uma vez que antes deverá haver outra demanda. Ademais, não ha que se falar na persistência daquelas razões para os filtros da responsabilidade, uma vez que, por se tratar de situações mais restritas, a própria origem dos danos serve como elemento a impedir a proliferação de demandas reparatórias, além do fato de que, em verdade, não surgiriam novas demandas, mas seria apenas um “prolongamento”³⁶⁶ da demanda originária.

O direito civil moderno, contudo, já vem dando mostras de derrubar (ou ao menos reduzir) essas barreiras, a denominada erosão dos filtros da responsabilidade civil, de modo a

³⁶⁴ TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. **RTDC**: revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v.13, n.50, p. 93-134, abr. 2012, p. 105.

³⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.11.

³⁶⁶ Afirma-se se tratar de um prolongamento da demanda já existente na medida em que, como será analisado, a liquidação da indenização (*rectius*, a apuração da existência e da extensão do dano), se dará, sempre que possível, nos autos em que a medida for concedida.

privilegiar a reparação do dano e abrandando exigências de culpa e até de nexo de causalidade³⁶⁷. Desse ponto de vista, afastar a natureza objetiva da responsabilidade processual pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência corresponderia a caminhar em sentido contrário do que o direito civil pátrio, afastando a modalidade mais moderna de responsabilidade³⁶⁸. Mostrar-se-ia um contrassenso, mormente se termos em conta que no direito pátrio a responsabilidade processual objetiva como regra é mais antiga que a cláusula geral de responsabilidade objetiva no direito civil.

5.3.3 EQUIPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELA EFETIVAÇÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA À RESPONSABILIDADE PELO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA

Outro ponto que pode reforçar a sustentação da adoção da responsabilidade objetiva pelos danos causados pela efetivação de tutelas de urgência é a semelhança com a sistemática da responsabilidade pelo cumprimento provisório de sentença. Lopes da Costa já trazia a incongruência existente no sistema do CPC/39 em que a execução provisória, manejada após ser facultado amplos prazos de defesa e ampla produção de prova, implicava em uma reparação sem a necessidade de demonstração de culpa enquanto na ação preventiva, sem o mesmo rigor quanto à prova e com base em um direito mais incerto, não se tinha previsão semelhante³⁶⁹. Percebia-se, pois, a necessidade da manutenção de uma lógica no sistema de responsabilidades por execução de decisões provisórias.

5.3.3.1 Fundamentos para a equiparação em sede de responsabilidade entre a tutela de urgência e a execução provisória

³⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, 2005, p. 56.

³⁶⁸ Diz-se mais moderna no sentido de que aos poucos foram se superando os medos de promover a responsabilidade objetiva como regra geral. De previsões pontuais na legislação, passando pela previsão abarcar todo o direito do consumidor e alcançando todo o direito privado ao se adotar uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

³⁶⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 60.

O legislador, ao delinear os contornos das tutelas de urgência, voltou sua preocupação para a questão procedimental que tal modalidade de diferenciação de tutela implica em relação ao denominado procedimento comum, bem como seus requisitos de concessão e efeitos decorrentes da concessão da medida urgente. A questão de como efetivar a tutela de urgência concedida não fora objeto de tratamento próprio no livro V da parte geral do Novo Código de Processo Civil (que trata da tutela provisória). Contudo, isso não significa ser tal tema desimportante. Acerca do tema, o NCPC, dispôs, no parágrafo único do artigo 297, a obediência das normas referentes ao cumprimento de sentença³⁷⁰, à semelhança do que dispunha o CPC/73 acerca da efetivação da tutela antecipada. A despeito da distinção entre as duas modalidades de atos, a existência de pontos de contato permite a utilização da mesma sistemática. Mais do que permite, impõe a adoção de tratamento semelhante.

Nesse diapasão, destaca-se a instabilidade do título que se pretende efetivado. O cumprimento de sentença tem como objeto um título executivo produzido mediante cognição exauriente, mas estando pendente seu trânsito em julgado, que lhe conferiria definitividade. A efetivação de tutelas de urgência tem como objeto decisão proferida com base em cognição sumária, cuja instabilidade advém também do fato de poder ser revogada e modificada, na forma do artigo 296 do NCPC³⁷¹.

A supra mencionada instabilidade do título, por sua vez, implica na criação de um risco àquele que se sujeitará à sua efetivação. Nessa toada, acerca da responsabilidade objetiva em sede de cumprimento provisório de sentença, Marcelo Abelha Rodrigues a justifica aduzindo que “para equilibrar o risco da execução fundada em título instável, o legislador impõe a regra da responsabilidade objetiva pelos danos que o executado venha a sofrer caso a sentença seja reformada”³⁷². Ainda que a finalidade do cumprimento de sentença seja distinta da finalidade da efetivação de tutelas de urgência, o ponto em comum entre essas se encontra justamente no elemento do qual se verifica o aparecimento do risco.

Nessa linha, em sendo a fonte do risco semelhante, a consequência do risco também deveria

³⁷⁰ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

³⁷¹ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

³⁷² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual da execução civil**. São Paulo: Forense Universitária, 2006, p. 190.

guardar mesma relação. Mas um ponto merece destaque. O risco gerado pelo cumprimento de sentença se verifica menos acentuado do que o risco gerado pela efetivação de tutelas de urgência.

Naquela, o título que se está dando efetivação³⁷³ é uma sentença, prolatada, como já dito, com base em uma cognição exauriente, exercendo um juízo de certeza, com ampla produção de provas e assegurada o direito de defesa. Aquele que será submetido ao cumprimento de sentença, portanto, contribuiu com a formação do título, a despeito de sua irrisignação e consequente interposição de recurso. Já a efetivação de tutelas de urgência a instabilidade do título se mostra mais latente, na medida em que a decisão fora construída com base em uma cognição sumária, exigindo-se apenas um juízo de probabilidade, sem a necessidade de se completar a instrução probatória e, muitas das vezes, sem sequer a participação do requerido.

Assim, se a efetivação do título que está sujeito a menores variações e que é mais robusto impõe a responsabilidade objetiva, a fim de se manter a lógica sistêmica, em se tratando de um título de construção mais frágil e passível de maiores oportunidades (e, com isso, mais chances) de modificação, a imputação da responsabilidade objetiva mostra-se imperiosa. Já pudemos apontar que:

(...) seria incongruente a um mesmo sistema processual imputar a responsabilidade objetiva pela execução de um título judicial proferido após exercício de uma cognição exauriente e, ao mesmo tempo, exigisse a perquirição de culpa quando da execução de uma decisão prolatada sob cognição sumária. Na situação onde os riscos são maiores (efetivação da tutela de urgência) dar-se-ia um tratamento mais benéfico do que em situações onde os riscos seriam menores (execução provisória)³⁷⁴.

A licitude do ato gerador do dano também é característica que merece atenção. Em sendo lícito o ato, se afasta de pronto a necessidade de qualquer investigação acerca da presença de culpa ou dolo na sua prática. Nessa esteira, tratam-se ambos de atos com amparo na legislação processual e que, acarretando danos, impõe sua reparação.

Sobre a licitude do cumprimento de sentença, Araken de Assis destaca que:

É bem de ver que a execução se desenvolveu válida e legitimamente consoante as

³⁷³ Aponta-se a efetivação a fim de, metodologicamente, se permitir uma melhor comparação entre as duas situações postas. Ademais, é possível estabelecer uma relação de gênero-espécie, haja vista que o termo efetivação possui uma conotação mais ampla se comparado com o cumprimento de sentença.

³⁷⁴ MARQUES, Bruno Pereira. MAZZEI, Rodrigo Reis; **Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de insucesso final da ação de improbidade administrativa**. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. jun-14, p. 9-44, 2014, p. 32.

disposições processuais. Por tal motivo, designar de injusta a execução que se desfaz supervenientemente se mostra impróprio. O exequente exerceu um direito outorgado pela lei processual. Indenizará, por conseguinte, pela efetivação de um ato lícito³⁷⁵.

Novamente se impõe a comparação com a efetivação de tutelas de urgência. As tutelas de urgência, como já apontado alhures, também gozam de plena licitude, recebendo, inclusive, amparo constitucional. Ambos são, portanto, atos lícitos e que importam benefícios ao postulante da medida. Por seu turno, ao se beneficiarem desse ato, a aptidão a causar riscos impõe o dever de reparar, sendo esse dever a fonte da responsabilidade e, via de talante, deve ser despicienda a perquirição acerca do elemento volitivo. Galeno Lacerda aponta o benefício do requerente como a origem responsabilidade, justificando que “quem tem interesse, para sua conveniência (cômodo), em executar a cautela ou a sentença provisória, suporta a inconveniência (incômodo) de indenizar o prejuízo causado, se decair da medida ou for vencido na ação”³⁷⁶.

Percebe-se, pois, que andou bem o legislador ao equiparar o sistema de responsabilidade do cumprimento de sentença e da efetivação de tutelas de urgência, mantendo, na medida do possível, a unicidade lógica do ordenamento.

5.3.3.2 Distinção entre o cumprimento provisório da sentença e a efetivação de tutelas de urgência

Destacada a fundamentação que sustenta a equiparação da responsabilidade pelos danos causados pela efetivação de tutelas de urgência com a responsabilidade pelos danos causados pelo cumprimento provisório de sentença, e tendo em vista a semelhança fática entre as duas situações³⁷⁷, é importante destacar que se tratam de figuras distintas. Sob o ponto de vista

³⁷⁵ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 117.

³⁷⁶ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I**: arts. 796 a 812. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992, 313.

³⁷⁷ Lembrando ainda que, em se tratando de tutelas de urgência (em especial, a tutela antecipada) concedida em sentença, o resultado prático dessa, se comparado com a execução provisória, produzido é, como bem lembra José Roberto dos Santos Bedaque, substancialmente idêntico, distinguindo-se apenas em relação às hipóteses de cabimento, sendo suficiente para o cumprimento provisório de sentença a mera prolação de sentença cuja apelação não terá efeito suspensivo, ao passo que na tutela de urgência concedida em sentença, imperiosa a presença do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, já que a questão relativa à probabilidade do direito resta resolvida em razão da cognição exauriente perpetrada para fins de prolação da sentença

empírico, é latente a semelhança, que, contudo, se esvai quando se analisadas sob a perspectiva jurídica.

Desta maneira, a primeira distinção que ganha relevo diz respeito ao escopo de cada medida. As tutelas de urgência tem como fundamento a tentativa de se mitigar os efeitos do tempo no processo, afastando os riscos de dano ou inutilidade do provimento jurisdicional final. A efetividade da prestação jurisdicional se encontra no cerne da tutela de urgência. Assim, a efetivação dessas tutelas tem como esteio a necessidade de se evitar que a espera por uma decisão de cunho definitivo venha por tornar tal decisão incapaz de debelar a crise jurídica a que se propôs. Possuem, pois, finalidade conservativa ou antecipatória.

Por outro lado, a execução provisória não possui essa peculiaridade. Ela está à disposição do postulante independentemente de existir qualquer risco. A finalidade é, como bem destaca Marcelo Lima Guerra, “a satisfação do direito do credor, embora esta satisfação, na execução provisória, não seja ‘definitiva’ ”³⁷⁸. Trata-se de uma opção de política legislativa, conferindo ao exequente a possibilidade de iniciar os atos expropriatórios e também finalizá-los, desde que prestada caução suficiente e idônea (sem se olvidar das hipóteses em que tal caução poderá ser dispensada, na forma do artigo 521 do NCPC³⁷⁹).

Guardando relação com a finalidade do cumprimento provisório de sentença e da efetivação de tutelas de urgência, verifica-se a existência de distinção também em relação à formação do título que lhe confere suporte. A primeira distinção nesse ponto é a própria natureza do título, uma vez que no cumprimento provisório de sentença o título é, como a própria denominação legal expõe, sempre uma sentença, ao passo que na tutela de urgência, o título é, em geral, uma decisão interlocutória³⁸⁰.

Outro ponto que merece atenção quanto à formação do título diz respeito à sua gênese. Para

(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 413).

³⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.95.

³⁷⁹ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042;

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

³⁸⁰ Não se olvida a possibilidade de se conceder a tutela de urgência no bojo da sentença. Todavia, tal medida deverá se dar sempre como um capítulo distinto da sentença, em que o magistrado deverá delinear o preenchimento dos requisitos próprios da tutela de urgência.

fins de cumprimento provisório de sentença, o único requisito para seu início é a prolação de sentença cuja eventual apelação seja desprovida de efeito suspensivo. São hipóteses taxativas, previstas na legislação. As hipóteses previstas no NCPC são trazidas pelo parágrafo primeiro do artigo 1.012³⁸¹. Inexiste espaço para valoração do magistrado acerca da conveniência da medida; uma vez proferida sentença que tenha aptidão de produzir efeitos imediatos, ao potencial exequente está aberta a via do cumprimento (ainda que provisório) da sentença. Como destaca Marcelo Lima Guerra, o magistrado não pratica atividade propriamente decisória, limitando-se a aferir o enquadramento do pleito de cumprimento provisório de sentença a alguma previsão legal³⁸². É concedida, portanto, *ope leges*.

Já a tutela de urgência (e, via de talante, sua efetivação), impõe que o magistrado analise a presença dos requisitos legais. Assim, proferirá decisão fundamentando a presença do requisito justificador (o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), bem como da presença do requisito cognitivo (a probabilidade do direito alegado). Trata-se, pois, de concessão *ope iudicis*.

A natureza dos títulos também se mostra distinta. Partindo da premissa de que tanto na efetivação de tutela de urgência quanto no cumprimento provisório de sentença os títulos que dão ensejo a essas providências têm como característica comum o fato de serem instáveis, a razão dessa instabilidade é o ponto de distinção.

Como bem alerta Pontes de Miranda ao afirmar não ser a execução provisória³⁸³ uma medida cautelar, há que se evitar a confusão entre provisoriedade e cautelaridade³⁸⁴⁻³⁸⁵. Nessa linha, a instabilidade da sentença provisoriamente cumprida advém tão somente da possibilidade de sua modificação, ou seja, do fato de ainda não ser definitiva. Já em se tratando de tutelas de

³⁸¹ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

³⁸² GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 94-95.

³⁸³ Utiliza-se o mesmo termo empregado por Pontes de Miranda quando apresenta tal distinção, mas sem olvidar que, com as modificações legislativas, não há que se falar em execução provisória, mas sim de cumprimento provisório de sentença.

³⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII, p. 74.

³⁸⁵ Fala-se em cautelaridade por se tratar de comentário ao artigo 811 do CPC/73. Mas a distinção também se refere ao caráter assecutorio que as tutelas de urgência podem adotar.

urgência, sua instabilidade decorre de uma situação mais complexa. É verdade que também é passível de modificação – e que, assim, não goza de um caráter definitivo. Mas essa possibilidade de modificação advém precipuamente do fato de a decisão ser proferida sob uma cognição sumária, técnica erigida pelo legislador como a mais apta a atingir a finalidade de se extirpar os perigos de dano ou os riscos de inutilidade do processo.

5.4 A DENOMINADA LIQUIDAÇÃO DOS DANOS

Estabelecida a responsabilidade processual objetiva do requerente pelos danos causados pela efetivação da tutela de urgência pleiteada, o passo seguinte é estabelecer a como se dará a apuração dessa responsabilidade. Dispõe o parágrafo único do artigo 302 que “a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”. Contudo, e a despeito da literalidade do dispositivo, não se trata de uma mera liquidação de sentença, nos moldes do artigo 509 *usque* 512, que tem como pressuposto a existência de condenação ao pagamento de dívida ilíquida. Como observa Ovídio Baptista, trata-se de liquidação de obrigação de indenizar, semelhante à liquidação de obrigação ilíquida, pois em ambas há uma pretensão inicial de que se declare a existência da obrigação, o que não ocorre na liquidação de sentença, na qual essa declaração é ínsita à sentença ilíquida³⁸⁶⁻³⁸⁷. Todavia, continua Ovídio Baptista, ao contrário da liquidação de obrigação ilíquida, a liquidação da indenização prevista no parágrafo único do artigo 302 contém eficácia condenatória, dando ensejo, portanto, ao posterior cumprimento³⁸⁸.

Para dar início ao procedimento de liquidação não se mostra necessária a existência de expressa decisão condenando o postulante da tutela de urgência ao pagamento de indenização, tampouco a existência de pedido reconvenicional. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “a obrigação de indenizar não depende de condenação judicial, pois decorre, *ipso jure*, da

³⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001, pp. 231-232.

³⁸⁷ Na ação de liquidação de obrigação ilíquida a pretensão do demandante (o devedor na relação obrigacional) é que se liquide a obrigação para que, posteriormente, possa dela se liberar. Trata-se de demanda sem eficácia condenatória. Na liquidação prevista no parágrafo único do artigo 302, a pretensão é a liquidação para, em ato contínuo, promover o cumprimento do título decorrente, já que possuirá eficácia condenatória.

³⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001, p. 234.

extinção da medida cautelar”³⁸⁹. Trata-se, pois, de efeito anexo da sentença. Nem eventual ausência de título executivo que dê suporte à exigibilidade da indenização serve de sustentação à exigência de condenação expressa, pois tal título será a sentença de liquidação.

A liquidação da indenização, portanto, tem a finalidade de conferir concretude ao efeito da sentença que imputa a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação da tutela de urgência ao seu postulante.

Por se tratar de liquidação de obrigação de indenizar, como já destacado, o primeiro ponto a ser demonstrado é a própria existência do dever de indenizar. O dever de reparar como efeito da sentença tem finalidade tão somente de apontar a existência desse dever de reparar, afastando a investigação acerca da conduta do agente. Essa (em tese) existiu³⁹⁰, uma vez que a conduta que atua como fato gerador do dever de indenizar é a própria postulação da tutela de urgência. Como delineia Marcelo Abelha Rodrigues, “apenas a antijuridicidade pode ser verificada pelo descompasso entre a medida antecipada e o provimento final exauriente”³⁹¹. Afasta-se também qualquer investigação atinente ao elemento volitivo, posto ser objetiva a responsabilidade.

Deve-se, portanto, demonstrar a presença dos demais pressupostos da responsabilidade, a saber: o dano e o nexo entre a conduta e o dano. Como bem observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart “o objetivo da liquidação é sempre definir e precisar o dano, relacionando-o com a execução da medida, além de quantificá-lo”³⁹².

Assim, como na responsabilidade civil, também na responsabilidade processual o dano é o elemento-chave para a imputação. Sem sua presença, inexistente responsabilidade. Nessa linha, afirma Luiz Orione Neto que:

É entendimento corrente na doutrina que a condição essencial para que haja responsabilidade civil é a existência de um prejuízo ou dano, seja ele de ordem material ou moral. E justamente o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-

³⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23 ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 2006, p. 188.

³⁹⁰ Nesse momento fala-se na existência em tese da conduta danosa, já que sua efetiva existência vai depender da comprovação do dano. Inexistente dano, inexistente a qualificação como danosa da conduta.

³⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 674.

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 4: processo cautelar**. 2. ed. ver. atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p.193.

jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil³⁹³.

Ainda sobre o dano, destaca-se que os danos indenizáveis por força da responsabilidade processual em comento possuem a mesma amplitude dos danos concernentes à responsabilidade civil. Abarcam, portanto, não só os danos emergentes, como eventuais lucros cessantes por ventura decorrentes da tutela de urgência, sem se olvidar também dos danos morais e demais danos extrapatrimoniais suportados. Como bem frisa Humberto Theodoro Júnior:

O dano a indenizar, por causa exclusiva da frustração da ação acautelada, refere-se, todavia, não só aos prejuízos provenientes da limitação do poder de disposição sobre os objetos submetidos às medidas como em geral todas as influências desfavoráveis que tenha tido a execução sobre a situação patrimonial do promovido. Até mesmo danos materiais através da ofensa à honra e ao crédito têm de ser indenizados.³⁹⁴

Por sua vez, o nexo de causalidade entre dano e conduta (a efetivação da tutela de urgência) na responsabilidade processual não guarda distinções se comparada com a responsabilidade civil. Imprescindível a demonstração de que o dano alegado tenha como causa a efetivação da tutela de urgência. Aplicável também as causas de excludentes do nexo de causalidade, já que também no caso da responsabilidade processual não haveria a necessária relação de causa e efeito que permitiria a imputação de responsabilidade.

Por fim, cumpre destacar que a liquidação dar-se-á nos mesmos autos em que fora concedida a tutela de urgência, sempre que possível. Trata-se de medida de economia processual, elogiada por Galeno Lacerda³⁹⁵, e se explica em razão da presença de elementos que terão grande importância à demonstração tanto do prejuízo como também da relação entre prejuízo de efetivação da tutela de urgência. Destaque ainda para a condicionante de que o processamento dar-se-á nos mesmos autos quando possível. Essa condicionante inexistia no artigo 811, parágrafo único do CPC/73, boa veio em boa hora. É que deve ser observada não só a comodidade que a liquidação nos mesmos autos confere, mas também a clareza em sua efetivação. Caso haja a possibilidade de causar alguma confusão, é medida salutar a autuação em separado.

³⁹³ ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Editora Método. 2002. p. 95.

³⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23 ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 2006. p. 187

³⁹⁵ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo civil, vol. VIII, tomo I: arts. 796 a 812**. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 318-319.

CONCLUSÃO

Conforme se depreende da pesquisa efetuada, a análise da responsabilidade pelos danos causados pela efetivação de tutelas de urgência impõe um exame interdisciplinar entre direito material e direito processual incidentes na conformação dessa responsabilidade, tendo como igual ponto de partida: a Constituição Federal. Assim, o aparente choque entre a finalidade constitucional das tutelas de urgência e a responsabilização pelos danos dessa decorrente exige a compatibilização entre essas duas figuras.

Sob o ponto de vista da responsabilidade, é possível destacar que sob a nova ordem constitucional buscou-se uma mudança no eixo interpretativo (não só no que tange à responsabilidade civil, mas no direito civil como um todo), conferindo à relação entre indivíduos a preponderância outrora dada às relações de cunho patrimonial.

Não se afastou, contudo, o reconhecido direito à propriedade. Ainda se tem a propriedade como um direito fundamental, sendo intrinsecamente relacionado com a responsabilidade, sendo o instrumento repressivo de proteção do direito de propriedade de maior notoriedade.

A responsabilidade civil também encontra no princípio da dignidade da pessoa humana uma de suas sustentações. Além do papel na preservação do direito de propriedade (que por sua vez, serve como esteio para assegurar a subsistência do indivíduo), tal princípio encontra na responsabilidade instrumental para a proteção de direitos sem cunho patrimonial, mas que inerentes ao indivíduo.

A socialização do direito, com fulcro no princípio constitucional da solidariedade também exerce papel fundamental na conformação da responsabilidade civil hodierna, conferindo à reparação, e não à culpabilidade, o eixo principal da responsabilidade, abrindo espaço à consolidação da responsabilidade objetiva.

Sob a perspectiva da tutela de urgência, é possível destacar que sua conformação constitucional se dá com maior destaque em relação ao cumprimento do direito de ação e do acesso à justiça. Por meio das tutelas de urgência confere-se maior efetividade a tais garantias constitucionais, restringindo os malefícios que o tempo pode impor, servindo como catalizador do acesso à justiça.

Nessa mesma esteira, foi possível destacar o papel das tutelas de urgência em garantir maior eficiência ao processo como instrumento de pacificação social, além de assegurar que se busque o cumprimento da garantia da duração razoável do processo.

Em aparente colisão, observou-se a garantia do contraditório como a proteção ao réu, figurando como elemento essencial ao contrabalanceamento da pretensão autoral e assegurando uma harmonização entre o direito do autor e o direito do réu.

Já adentrando os aspectos infraconstitucionais da responsabilidade civil, percebeu-se que sua origem remonta a proibição de ofender direito alheio (*neminem leadere*), ofensa essa decorrente da quebra de um dever geral de conduta. Por sua vez, para fins de configuração da relação jurídica de responsabilidade, imperiosa a presença de certos pressupostos.

O principal que se destaca é a configuração do dano. Sem dano não há o que reparar. Antes do reconhecimento dos danos sem cunho patrimonial, o dano era visto como a diminuição patrimonial suportada pela vítima. Tal definição ainda se mostra válida em relação aos danos patrimoniais. Mas o entendimento do dano como a violação de interesse juridicamente relevante permite abarcar também aqueles de cunho extrapatrimonial.

Outro pressuposto essencial à configuração da responsabilidade civil é a prática de conduta que gere o dano, podendo ser um ato comissivo ou omissivo. Elemento essencial à configuração da conduta danosa é a voluntariedade (da conduta, e não do resultado), destacando-se ainda a necessidade de tal conduta ser antijurídica, ou seja, não abarcada por hipóteses em que é autorizada a prática de atos que gerem danos.

Conectando a conduta danosa com o dano, exsurge o nexo de causalidade como o pressuposto que permite que se forme a relação de implicação entre a antijuridicidade do dano e a responsabilidade do agente. Exige-se que haja relação entre a apontada conduta danosa e o dano, e que aquela seja a causadora desse.

Sendo presente apenas em se tratando de responsabilidade subjetiva, o elemento volitivo (*dolo* ou culpa do agente) importa a análise acerca da vontade do agente no ato que gerou o dano e no resultado (no caso do *dolo*), ou apenas na vontade, onde se analisa a observância ou não de deveres mínimos de cuidado. Por ter em conta o estado anímico do agente, possui também caráter sancionatório, perdendo força justamente pela maior força que vem ganhando o caráter meramente reparatório da responsabilidade civil.

Nessa esteira, com base na exigência ou não do elemento volitivo como pressuposto, destacam-se dois sistemas de responsabilidade. Enquanto que na responsabilidade subjetiva busca-se também sancionamento do agente pela inobservância de deveres de cuidado, na responsabilidade objetiva adota-se o risco como elemento moral da responsabilidade, impondo àquele que exerce atividade que signifique um incremento no risco de causar danos a outrem o dever de reparar o dano decorrente dessa atividade, independentemente de observar ou não deveres de cuidado.

Ainda que com finalidade semelhante (a recomposição de danos), é curial a distinção entre a responsabilidade civil da responsabilidade processual, bem como o reconhecimento da autonomia dessa. A responsabilidade processual se distingue – e ganha contornos autônomos – não só quando se constata que o ato imputado como causador de dano é um ato processual, mas também quando se percebe que além da finalidade de recomposição de danos, a responsabilidade processual tem como objetivo impedir que o processo seja instrumento causador de danos, tendo intrínseca relação com a justa composição da lide. Notório ainda que sua influência se dá na relação processual, bem como sua judicialização se dá por meio de norma processual.

Por seu turno, tendo em vista ser inegável que a responsabilidade processual tem sua gênese no seio da responsabilidade civil, percebe-se que as distinções existentes partem sempre de um elemento em comum, sendo até mesmo os pressupostos algumas características semelhantes, mas que, em um plano geral, permitem essa distinção.

De pronto, identifica-se que a responsabilidade processual somente se forma quando diante da qualidade de parte dos polos dessa relação jurídica, ao contrario do que ocorre na responsabilidade civil, cuja relação pode se formar entre quaisquer agentes capazes.

Em relação ao dano, não há muitas distinções, merendo destaque que nesse está incluso não só aqueles decorrentes da eventual violação a direito com origem na relação processual, mas também com despesas efetuadas por causa do processo (como as custas processuais).

A conduta danosa na responsabilidade processual se mostra mais restrita, limitando-se aos atos processuais. Inconteste que atos processuais ilícitos dão ensejo à responsabilidade processual. Por sua vez, os atos processuais lícitos ainda que autorizados, quando existente previsão de imputação de responsabilidade, também dão ensejo à responsabilidade.

O nexo de causalidade não apresenta grandes distinções. Todavia, em sede de responsabilidade processual, ganha contornos próprios, dando origem ao princípio da causalidade, indicando qual ato (e seu autor, por óbvio) não está coberto pela manta da juridicidade e, conseqüentemente quem deverá arcar com a recomposição do dano configurado.

Assim como na responsabilidade civil, na responsabilidade processual o elemento volitivo se mostra exigível tão somente na responsabilidade subjetiva. Todavia, enquanto que na responsabilidade civil subjetiva preocupa-se com a observância de deveres de cuidado, na responsabilidade processual subjetiva a preocupação é a observância de deveres de lealdade e probidade na relação processual.

Por seu turno, na responsabilidade processual objetiva, o fundamento é a existência do risco processual, que serve como elemento incentivador da atuação das partes. Podendo ser considerada a regra (ao contrário da responsabilidade civil, na qual a regra é a perquirição do elemento volitivo), pode ser dividida entre a responsabilidade pelas despesas do processo e a responsabilidade por atos executivos não definitivos (tais como a efetivação de tutelas de urgência e a hipoteca judiciária).

No tocante às tutelas de urgência, primeiro ponto que se destaca é a sua finalidade de instrumento a serviço do processo no combate aos efeitos deletérios do tempo. Ainda que a espera pela solução definitiva seja inafastável, a adoção de técnicas processuais que permitam a neutralização dos efeitos do tempo se mostra indispensável à moderna processualística.

Nessa esteira, as tutelas diferenciadas cumprem papel de extrema importância na compatibilização entre as necessidades que as situações fáticas apresentam e o modelo processual e procedimental pátrio. As tutelas de urgência, nesse interim, exsurtem como principal instrumento de diferenciação de tutela, permitindo a distribuição dos ônus do tempo do processo, bem como assegurando uma efetiva tutela de direitos.

Sob essa perspectiva, as tutelas de urgência se mostram divididas entre tutela cautelar – cuja finalidade é assegurar o resultado útil do processo – e tutela antecipada – cuja finalidade é impedir o perecimento do direito. Assemelham-se no aspecto teleológico, mas distinguem-se sob o aspecto funcional.

Tendo como norte a finalidade de debelar os efeitos do tempo, são conferidos poderes ao

magistrado determinar as medidas necessárias a tutelar o direito posto à sua apreciação. Ante tal cláusula aberta, ao magistrado é conferido grande poder para resguardar o processo e o direito nele discutido, devendo, contudo, ser controlável por meio da fundamentação.

Destacada a finalidade e o instrumental a ser utilizado em sede de tutelas de urgência, o ponto seguinte deve ser aferir quando essas podem ser utilizadas. Assim, destacam-se requisitos de duas natureza: um indicando a justificação para a concessão da tutela de urgência e outra indicando a técnica a ser adotada.

Requisito de natureza justificador apresenta-se como o risco de que a espera pela decisão definitiva, a ser proferida ao final do processo, possa acarretar em danos ao direito que se pretendia tutelar ou ao resultado útil do processo.

Já o requisito de natureza técnica diz respeito à técnica de cognição a ser adotada. Com o objetivo de se proferir prontamente uma decisão para que se resguarde o direito ou a utilidade do processo, sumariza-se a cognição. Assim, em sede de tutela de urgência, exige-se apenas a probabilidade do direito invocado, limitando a análise se a demanda principal possui chances efetivas de sucesso.

A repetição da exigência de reversibilidade da tutela de urgência de natureza antecipatória, contudo, não deve ser encarada como um requisito negativo para fins de sua concessão, devendo ser encarado como mais um elemento a ser considerado, impondo maior aprofundamento no exame de probabilidade do direito do autor.

Reconhecida extrema importância das tutelas de urgência como instrumento de mitigação dos efeitos do tempo no processo, deve se reconhecer também que sua utilização tem potencialidade de causar danos ao réu. Confirmada ao final do processo, nada há o réu que reclamar. Os problemas aparecem quando da reversão da tutela concedida com base apenas em juízos de probabilidade.

As tutelas de urgência, ao fundarem-se no risco suportado pelo autor em aguardar o final do processo, transferem ao réu os riscos inerentes ao processo. Nessa linha, quando a tutela de urgência não é confirmada, os prejuízos sofridos pelo réu devem ser reparados.

Seguindo a regra geral da responsabilidade processual, no caso em que, concedida tutela de urgência ao autor, o resultado do processo for desfavorável é objetiva a responsabilidade do

autor. Trata-se de regra de natureza processual, ante sua intrínseca relação com a relação processual, sendo considerada um efeito anexo da sentença desfavorável ao postulante da tutela de urgência.

A fundamentar a responsabilidade objetiva da responsabilidade processual pelos danos causados pela tutela de urgência nas situações em que o resultado final do processo seja desfavorável a seu postulante, destaca-se o risco processual. Ao buscar a proteção a seu direito por intermédio de tutelas de urgência, o autor assume os riscos decorrentes de uma eventual infirmação dessa tutela ao final do processo. A posição de prevalência conferida ao réu pela tutela de urgência implica na assunção os riscos, sendo um ônus a ser suportado como forma de equilibrar as posições dos polos processuais.

Também é possível extrair do direito civil a justificativa para a responsabilidade objetiva em destaque. Com base na regra geral de responsabilidade civil objetiva, denota-se que a tutela de urgência, ao impor que o réu suporte os efeitos de uma decisão sujeita a modificação, cria ao réu um risco inexistente anteriormente, atraindo, dessa forma a previsão legal que impõe a responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado.

A semelhança entre a efetivação de tutelas de urgência e o cumprimento provisório de sentença também justificam a responsabilidade objetiva imposta pelo artigo 302 do NCPC. Ambos se dão com base em títulos instáveis, suscetíveis de futura modificação, sendo a responsabilidade objetiva pelos danos causados quando de sua modificação elemento necessário para equilibrar o risco inerente a essas situações. Destaque-se ainda que o cumprimento provisório de sentença se dá com base em um título formado sob cognição exauriente, ao contrário do que ocorre nas tutelas de urgência.

Reconhecida e justificada a responsabilidade objetiva, finalizou-se com a análise da liquidação dos danos. Assemelhada à liquidação de obrigação ilíquida (mas se distinguindo pela sua eficácia condenatória), a liquidação dos danos dar-se-á sempre que possível nos próprios autos, devendo ser comprovada a existência do dano, o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do postulante da tutela de urgência e a quantificação do dano, podendo o dano ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar . O (equivocadamente) denominado "ônus da sucumbência" no processo civil. **Revista de Processo**, v. 140, p. 37-53, 2006.

ABREU, Frederico do Valle . O custo financeiro do processo. **Revista dos Tribunais**, v. 818, n.dez, p. 65, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.

_____. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista de Processo, v. 71, p. 31-38, 1993.

_____. **Perfil Dogmático da Tutela de Urgência**. Revista Forense, v. 342, p. 13-28, 1998

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio Camargo de. **As tutelas de urgências como meio de realização do princípio do acesso universal à justiça** (uma análise feita à luz do PLS nº 166/2010 que institui o novo Código de Processo Civil). Revista Temas Atuais de Processo Civil, v. V. 02, p. 03, 2012.

ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **A evolução do Direito e a Tutela de Urgência**. Revista Jurídica (Porto Alegre), v. 378, p. 11-38, 2009.

ALVIM, Arruda. **Tutela antecipatória** (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. **Notas para uma teoria geral do processo cautelar**. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDREWS, Neil. Fundamentos dos custos legais: responsabilidade do vencido, acesso à justiça e disciplina processual. **Revista de Processo**, v. 39, n. 229, p. 339-355, mar. 2014.

ARAÚJO, José Henrique Mouta . **A Colisão entre princípios constitucionais em casos de liminares inaudita altera partes - As formas de solução - Análise de casos**. Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p. 558-582, 2004.

ARMELIN, Donaldo . Perdas e danos - responsabilidade objetiva pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má fé - forma mais adequada de liquidação - indenização fixada pelos índices das ORTN.. **Revista de Processo**, São Paulo, n.39, p. 222-237, 1985.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, n.65, p. 45-58, 1992.

ARMELIN, Donaldo; BONICIO, Marcelo J. M; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita . **Comentários a Execução Civil**: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

ASSIS, Araken de. **Execução da tutela antecipada**. In: Sergio Shimura; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. , p. 41-49.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 22ª Edição, 2007

_____. **A responsabilidade das partes por Dano Processual no Direito Brasileiro**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Tutela de urgência e efetividade do direito**. In Temas de direito processual. 8ª Série. São Paulo. Saraiva.

_____. **Antecipação de tutela**: algumas questões controvertidas. In Temas de direito processual. 8ª Série. São Paulo. Saraiva.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BODIN de MORAES, Maria Celina . **A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil**. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 29, p. 233-258, 2006.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 293-320.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRASIL JR., Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**. A Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Da antecipação da tutela**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgan; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/SP: Editora Saraiva; Almedina; Série IDP, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones de proceso civil**: traduccion de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959, vol I.

_____. **Sistema de direito processual civil**, vol 2. 2. ed. - São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012

CHIAVASSA, Tércio. **Tutelas de Urgência Cassadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Principios de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1922.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil - Obrigações - Responsabilidade Civil - volume 2**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 5

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**, vol. II: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 4. ed. Bologna, Itália: Il Mulino, 2006

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**, tomo I: “La constitución y el proceso civil”, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma. 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Atuais reformas do processo civil italiano e brasileiro: contrastes e confrontos**, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.), Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1996

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 233, p. 65-84, 2014.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Da revogação da tutela antecipada: o réu demandando**. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. **Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIDIER Jr., Fredie . **Curso de Direito Processual Civil (v. 1) - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Editora JUS PODIVM, 2014.

DIDIER Jr., Fredie ; BUENO, Cassio S. ; BASTOS, A. A. . **Carta de Salvador - II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**.. Revista de Processo, v. 227, p. 435, 2014

DINAMARCO, Cândido Rangel . **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O regime jurídico das medidas urgentes**. In: Nova era do processo civil. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUARTE, Francisco Carlos . **Direito Fundamental à decisão judicial urgente**. In: Francisco Carlos Duarte. (Org.). Tutela de Urgência e Risco: Em defesa dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2005, v. I, p. 69-94.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. In Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 187-199.

FACCHINI NETO, Eugênio . **Da Responsabilidade Civil no Novo Código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, p. 17-63, 2010.

FERREIRA, William Santos . Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas - Esboço da teoria da participação responsável. **Revista de Processo**, v. 188, p. 9-51, 2010

FONSECA, Lucio Palma da. **Tutela Cautelar: responsabilidade civil pelo manejo indevido de liminares**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Breve análise sobre o direito fundamental duração razoável do processo**. In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direito Processual Civil IV**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Os reflexos do tempo no direito processual civil** (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). Revista de Processo, v. 153, p. 99-118, 2007.

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela**: A superação do paradigma da modernidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil brasileiro**: responsabilidade civil: v 4. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil – Execução e processo cautelar**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GORON, Lívio Goellner. **Repensando as tutelas de urgência e as fronteiras entre medidas cautelares e antecipatórias**. Revista Dialética de Direito Processual, v. 103, p. 67-87, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo . **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, n. 121, mar. 2005, pp. 11/37

GUERRA, Marcelo Lima . **Estudos sobre o processo cautelar**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008.

JARDIM, Guilherme Tanger. **Unificação dos requisitos da antecipação de tutela**. *In*: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada; FLACH, Daisson (Coord.). **Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005

LACERDA, Galeno. **Comentarios ao Codigo de Processo civil, vol. VIII, tomo I: arts. 796 a 812**. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba, PR: Juruá, 2008.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas: Medidas Preparatórias e Medidas de Conservação**. 3 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Eficácia antecipatória cautelar**. *In*: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) ; VEZZONI, M. (Org.) . **Processo Cautelar: Estudos Avançados**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2010.

MANENTE, Luciana Nini. **O princípio constitucional da celeridade do processo**. *In*: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 4: processo cautelar**. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 12a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Bruno Pereira; MAZZEI, Rodrigo Reis; **Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de insucesso final da ação de improbidade administrativa**. Revista Jurídica (Porto Alegre. 1953), v. jun-14, p. 9-44, 2014.

MARQUES, Bruno Pereira. . A incompatibilidade sistêmica da compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca. In: MAZZEI, R. R.; LIMA, M. P.. (Org.). **Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 103-121

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Notas iniciais à leitura do novo Código Civil**, In ARRUDA ALVIM; THEREZA ALVIM (coord.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005. V.1.

_____. **Aspectos Panorâmicos do "Tempo" na "Realização do Direito"**. In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.

MEDINA, J. M. G. ; ARAÚJO, F. C. ; Fernando da Fonseca Gajardoni . **Processo Civil Moderno - V. 4 - Procedimentos Cautelares e Especiais**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do Risco como fundamentos da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza . **Tutelas de urgência no Código de Processo Civil brasileiro**. In: Francisco Carlos Duarte. (Org.). Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais.. 1ed. Curitiba: Juruá, 2005, v. 1, p. 121-129.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, Tomo XII,

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. 1. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2008 . Tomo 53.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da Tutela** - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Colaboração no Processo Civil** - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos, 2. ed.. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. **O Projeto do CPC** - Crítica e Propostas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 854, p. 11-37, 2006.

MURITIBA, Sérgio Silva; LEMOS, Julio Cezar Lazzarini Lemos. **Critério da proporcionalidade na concessão de medidas de urgência de caráter antecipatório (parágrafo 2º, do art. 273, do CPC)**: considerações zetéticas e dogmáticas. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo na Constituição Federal** (processo civil, penal e administrativo). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2 ed. São Paulo: Editora Método. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**, vol I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. cd. Napoli: Jovene, 1999.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **A “prova” exigida para concessão da tutela de urgência**: a demonstração, no plano processual, dos requisitos autorizadores para concessão da tutela cautelar e da antecipação de tutela. *In*: A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. Coord: Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Ricardo Augusto de Castro Lopes. São Paulo: Ed. Verbatim, 2013.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha *et ali*. **A nova reforma processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual da execução civil**. São Paulo: Forense Universitária, 2006

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

RODRIGUES, Rodrigo Cordeiro de Souza. **Tutela antecipada**: a efetividade na prestação jurisdicional. João Pessoa, PB: Imprell, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil: v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência no anteprojeto do novo CPC**. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.) ; ARAUJO, J. H. M. (Org.) ; KLIPPEL, Rodrigo (Org.) . *O Projeto do Novo Código de Processo Civil - estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu; KODANI, Giselle. **O poder geral de cautela do juiz - novos rumos**. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) ; VEZZONI, M. (Org.) . *Processo Cautelar: Estudos Avançados*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol.1**: teoria geral do direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil, vol 4**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Projetos de novo Código de Processo Civil**: comparados e anotados. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, 2005.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25a. edição - São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A “antecipação” da tutela na recente reforma processual**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de processo civil**. vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

_____. **Do Processo Cautelar**, Rio de Janeiro, 3.ed, Editora Forense, 2001.

SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. **Um novo conceito de sentença?** In RePro n. 149. São Paulo: RT, 2007.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1987

SOUZA, Valternei Melo de. **A tutela de urgência e a responsabilidade objetiva: algumas reflexões** In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada; FLACH, Daisson (Coord.). Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). São Paulo: RT, 2003

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: RT, 2006.

TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. **RTDC**: revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v.13, n.50 , p. 93-134, abr. 2012.

_____. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Manual de direito civil - volume único**. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

_____. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. São Paulo: Método, 2011

TAVARES, Fernando; ROCHA, Daniel; BARBOSA, Érica. **Exame da tutela de urgência e da tutela de evidência no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Pensar (UNIFOR), v. 18, p. 122-162, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires - Argentina, v. 1, p. 51-74, 2002

_____. **As liminares e a tutela de urgência.** In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Inovações sobre o direito processual civil: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo cautelar.** 23 ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 2006.

TRUGILHO, Diogo LIMA; TAVARES, Fernando Horta; FERREIRA, Juliana Maria Matos; MENDES, Rita Rachid Araújo Souza; DIAS, TALITA VIZA. **Constitucionalidade da Responsabilidade Objetiva Prevista no Inciso I, do Artigo 811, do Código de Processo Civil.** Ariús: Revista de Ciências Humanas e Artes (UFCG), v. 16, p. 149-157, 2010.

USTARROZ, Daniel. **Responsabilidade Civil por Ato Lícito.** São Paulo: Atlas, 2014.

VALADARES, Ronara da Silva Figueiredo; GONÇALVES, Patrícia. Antunes. **Do paradigma da responsabilidade civil ao direito de danos e o surgimento dos novos tipos de danos na esfera ambiental.** In: José Edmilson de Souza Lima; Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Denise Schmitt Siqueira Garcia. (Org.). Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. 1ed.Curitiba: FUNJAB, 2013, v. XXII, p. 332-349.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais:** repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva. 2009.

Wald, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil : responsabilidade civil**, vol. 7. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Tutela **antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC).** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** Parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes **A constitucionalização do processo - O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição.** 2a.. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Tutelas Sumárias:** Sistematização das Tutelas de Urgência e de Evidência sob a Ótica da Garantia Fundamental da Proteção Judicial Efetiva. Revista da Academia Judicial, v. 1, p. 297-319, 2010.

ZAVASCKI, Teori. A. . **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais.** Ajuris (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 64, p. 395, 1997.

_____. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante.** Revista de Processo, São Paulo, v. 82, p. 53, 1997.

_____. **Os princípios constitucionais do processo e suas limitações.** Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina Esmaesc, Florianópolis, v. 6, p. 49-58, 1999

_____. **Restrições à concessão de liminares.** Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 718, p. 54, 2000.

ZENKNER, Marcelo. **A instrumentalização da tutela ao direito fundamental da tempestividade na prestação jurisdicional.** In: Bruno Freire e Silva; Rodrigo Mazzei. (Org.). Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006.